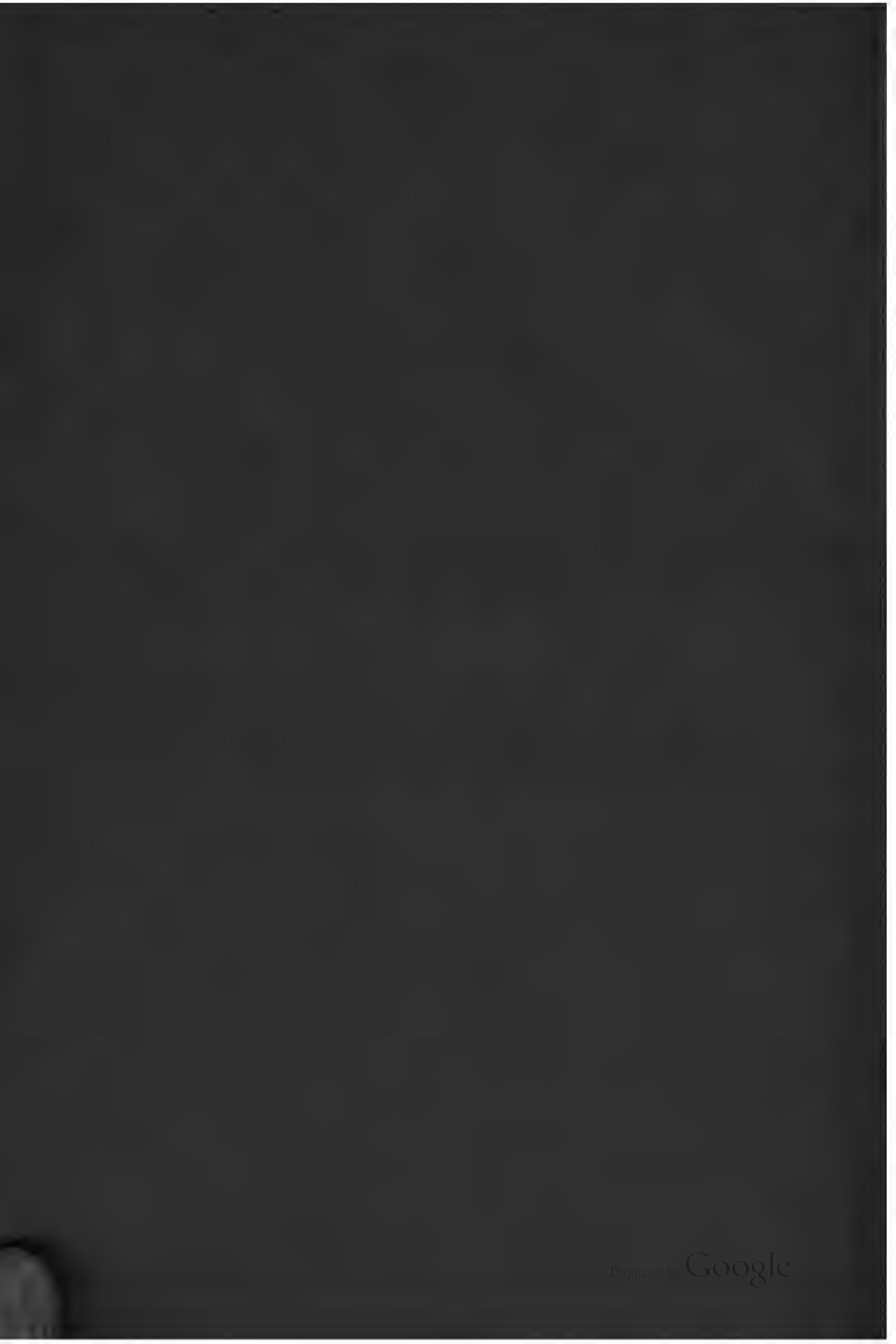

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG





DIE STRAFBARKEIT BEI RECHTSIRRTUM

von

DR. AUGUST KÖHLER
PRIVATDOZENT DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN



MÜNCHEN 1904
C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
OSKAR BECK

DIE STRAFBARKEIT BEI RECHTSIRRTUM

VON

DR. AUGUST KÖHLER
PRIVATDOZENT DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN



MÜNCHEN 1904
C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
OSKAR BECK.

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen

Inhalt.

In dreifacher Hinsicht weist die Lehre vom Inhalte des dolus im Strafrecht schwierige Probleme auf, welche vom Standpunkte des geltenden Rechts wie des Gesetzesvorschlags aus noch so ungelöst sind, daß man nicht einmal von einer communis opinio sprechen kann.

Das eine Problem betrifft die Intensität des Vorgestellten und Gewollten, welche erforderlich sein soll, damit der bewirkte Erfolg als ein vorsätzlicher gelten kann. Es handelt sich mit anderen Worten um die Frage, welcher Grad des Wissens und des Wollens und welches Verhältnis der beiden Faktoren zu einander nötig ist, damit ein bestimmter Erfolg als vom dolus (eventualis) erfaßt erscheint und nicht mehr dem Gebiete des Zufalls oder der Fahrlässigkeit anheimfällt.

Das zweite Problem bezieht sich auf die Spezialisierung, mit welcher die den konkreten Erfolg bewirkenden Bedingungen dem vorsätzlich Handelnden vorher bekannt gewesen sein müssen. Es handelt sich um die Frage, welche Abweichungen des vorgestellten vom eingetretenen Kausalverlauf die Vorsätzlichkeit eines Erfolges ausschließen. Dieses zweite Problem wird aufgerollt durch die Schulbeispiele von dem error in persona und von der aberratio ictus. Es wird besonders brennend in allen Fällen, in welchen der Täter Einzelheiten des Kausalverlaufs nicht nur nicht gekannt, sondern sie durch positive andere Vorstellungen ersetzt hat; z. B. A will den B durch ein bestimmtes vorgestelltes Mittel, etwa durch Brandstiftung töten. B nimmt den Brand zu einer Zeit wahr, wo er sich zu retten vermochte, zögert aber, um möglichst viel zu retten, und wird vor Aufregung tödlich vom Schlage getroffen. — Es mag zugegeben werden, daß die Bedeutung solcher Fälle für die Praxis nicht in gleichem Verhältnis steht zu dem theoretischen Bedürfnis nach möglichst präzisen Kriterien für die Entscheidung aller Zweifelsfälle. Dies bildet vielleicht auch den Grund, weshalb diese Seite des Dolusinhaltes noch relativ am seltensten eine tiefere Durchleuchtung erfahren hat.

Anders steht es in dieser Hinsicht mit dem dritten Problem. Es beschäftigt sich mit der Frage nach den Merkmalen des Verbrechenstatbestandes, welche vorsätzliches Handeln umfassen muß. Anders ausgedrückt, es untersucht, welche Merkmale des verbrecherischen Erfolges dazu gehören, um die Handlung zu einem vorsätzlichen Delikt werden zu lassen. Die Grenzfrage ist, ob der Täter der Normwidrigkeit oder einer Pflichtwidrigkeit seines Tuns bewußt gewesen sein muß. Dieses dritte Problem ist seit dem Altertum Gegenstand der Erörterung gewesen und seit dem Erscheinen von Bindings Normen nicht mehr aus der Reihe der strafrechtlichen Tagesfragen verschwunden. In jüngster Zeit ist reiches neues Material zur Beurteilung des alten Streites durch die Schriften von Kohlrausch, (Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht Bd. 1, 1903), Rosenberg (Zur Reform des § 59 StGB.; Zeitschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 23, 217) und Hold von Ferneck (Die Rechtswidrigkeit Bd. 1, 1903) zu Tage gefördert worden.

Das erste Problem muß hier aus der Betrachtung völlig ausscheiden, da es viel zu umfangreich ist, um anhangsweise angegliedert zu werden und keinerlei propädeutischen Wert für die hier interessierenden Fragen hat. Über den gegenwärtigen Streitstand desselben orientieren die neuesten Arbeiten von v. Bar GS. 56 S. 401f.; v. Liszt, Verhandl. des 24. deutsch. Juristentags Bd. 1 S. 108f.; Huther GS. 58 S. 270f.; M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1901 S. 150f.; v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit 1903 S. 93f.

Das zweite Problem hat gleich dem dritten Fragen der Irrtumslehre zum Gegenstande. Es begegnen hier Gesichtspunkte über die Behandlung des Irrtums, die auf ihre Gemeingültigkeit zu prüfen sind und bei der Frage des Rechtsirrtums wieder aufgeworfen werden können. Deshalb soll auf die für ausschlaggebend erachteten Gesichtspunkte kurz hingewiesen werden. Die eingehendsten Erörterungen über das Problem finden sich bei Binding, Normen 2, 410f., insbes. S. 435f.

Zur Lösung des Problems kann man zwei sehr verschiedene Wege einschlagen:

1. Man kann sagen: es genügt für die Zurechnung zum Vorsatz, wenn der Täter die generelle Tauglichkeit der von ihm gesetzten Bedingungen kannte, einen bestimmten Erfolg zu veranlassen, mag auch weder nach der Erwartung des Täters noch nach der Erfahrung des Lebens die konkrete ungewöhnliche Wirksamkeit der

vorsätzlich gesetzten Bedingung vorauszusehen gewesen sein, welche den vorgestellten Erfolg in seinen rechtlich relevanten Merkmalen veranlaßte.

Diese Annahme gilt jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen:

a) Der in concreto eingetretene Erfolg muß mit dem gewollten (vorgesetzten) insoweit auch hinsichtlich der Tatsachen übereinstimmen, als dadurch die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt werden; d. h. diejenigen konkreten Erfolgsmerkmale, welche den gesetzlichen Tatbestand erfüllen, aber auch nur sie müssen innerhalb des Bereiches dessen liegen, was sich der Handelnde bei seinem Wollen als Erfolg vorgestellt hat. Hat sich z. B. der Täter nur eine Körperverletzung des A überhaupt ohne Begrenzung auf bestimmte Arten derselben als Folge seines Wurfs vorgenommen, so bewirkt jede Art von Verletzung des A, die der Steinwurf herbeiführt, die erforderliche Übereinstimmung. Haben die beiden Erfolge, der in concreto gewollte und der eingetretene dagegen nur die nämliche rechtliche Bedeutung, während der in concreto gewollte Erfolg sich nicht an den konkreten Objekten verwirklicht, die im Bereich des Vorgenommenen lagen, so liegt die nötige Übereinstimmung nicht vor. Wer sich also nur vorgenommen (d. h. mit in seinen Willen aufgenommen) hat, den A zu verletzen, ist keiner vorsätzlichen Verletzung des B schuldig, wenn der Stein den neben A stehenden B traf (aberratio ictus).

Anders läge die Sache, wenn jemand z. B. durch eine Brunnenvergiftung nur überhaupt einen Menschen verletzen will, ohne irgend welche einschränkende Vorstellung, welche bestimmte Menschen als Verletzte ausschließt. Hier ist die nötige Übereinstimmung gegeben, wer auch immer vergiftet wird, gleichviel ob dem Täter dieser Spezialfall in seinem generelleren Vorsatz mit vorschwebte, ob er ihm so wahrscheinlich dünkte wie ein anderer mehr erwarteter Vergiftungsfall. Von diesen Ausführungen weicht Binding, N. 2, 416, nur in dem Punkte ab, daß er einen Verletzungsvorsatz gegen eine incerta persona für unmöglich erklärt. Allein dies ist nicht zuzugeben, da trotz der Unbestimmtheit des zu verletzenden Individuums der Erfolg doch durch die vorsätzliche Anwendung konkreter Mittel völlig konkretisiert werden kann, so daß eine ganz bestimmte in der allgemeinen Erfahrung liegende Kausalität wirksam wird.

Will jemand sich einen eingewickelten Braten stehlen, findet er aber in dem weggenommenen Paket statt dessen unvermutet Wertsachen, so liegt, wenn er diese sich nunmehr zueignet, gleichwohl Diebstahl vor. Der Täter hat sich richtig vorgestellt, daß er

Sachen wegnehme und hat bei der Wegnahme Zueignungsabsicht besessen. Damit wird der Diebstahl vollendet. Infolgedessen kommt es nur darauf an, ob der Täter die konkreten Merkmale seiner Handlung insoweit kannte, als dadurch bereits das gesetzliche Tatbestandsmerkmal einer fremden beweglichen Sache erfüllt wird. Die nachträgliche Entdeckung, daß die konkrete Sache eine andere war als die gewollte, kommt ihm hierbei nicht mehr zugute (error in obiecto).

Das Gleiche gilt vom Irrtum in persona: Wer in der Dunkelheit seinem Feind X einen Schlag zu versetzen glaubt, während der Getroffene ein unbekannter Dritter namens Y ist, hat vorsätzlich geschlagen. Denn der vorgestellte Erfolg stimmt mit dem eingetretenen hinsichtlich derjenigen tatsächlichen Merkmale überein, welche den gesetzlichen Tatbestand des § 223 erfüllen. Der Täter hat ja einen konkreten Menschen vor sich gesehen und sich richtig bei seinem Willen vorgestellt, daß er ihn treffen werde. Die Verursachungshandlung (der Schlag) führt also nicht bloß zu einem Erfolg von gleicher rechtlicher Bedeutung wie der vorgestellte (dies wäre aberratio ictus), sondern zu dem vorgestellten Erfolge selbst, wenigstens insoweit, als sich dadurch die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale verwirklichen.

Dagegen würde man einen sehr deutlichen Unterschied übersehen, wollte man ebenso den bekannten Fall beurteilen, in welchem jemand dem X eine Beleidigung durchs Telephon zuzurufen glaubt, während ganz unvermutet der Y am anderen Telephone steht. Denn zur Beleidigung gehört die vorsätzliche Behandlung eines anderen nach dem Maße nicht verdienter Unehre. Die Handlung kann also begrifflich nur denjenigen verletzen, von welchem man eine bestimmte verunehrende (beschimpfende) Eigenschaft oder Handlung behaupten will. Demgemäß erfüllen diejenigen Tatsachen, hinsichtlich deren der gewollte Erfolg mit dem eingetretenen in dem vorliegenden Falle übereinstimmt, die Begriffsmerkmale der Beleidigung überhaupt nicht, da der eingetretene Erfolg infolge des mangelnden subjektiven Tatbestandes keine Beleidigung begründet. Es fehlt an der behaupteten Übereinstimmung hinsichtlich eines für die Beleidigung notwendigen Begriffsmerkmals.

b) Der eingetretene Erfolg darf nicht durch Umstände verursacht worden sein, welche die ursachliche Bedeutung der vorsätzlich gesetzten Bedingungen aufhebt (er darf also nicht unter sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zustande gekommen sein). Vgl. hierüber die neuesten Untersuchungen v. Rohlands, Die Kausal-

lehre des Strafrechts 1903, insbes. S. 51 f., denen Verfasser in diesem Punkte sich anschließt.

c) Die in concreto eingetretene Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale darf nicht bloß als Folge der Anwendung eines Mittels gewollt sein, welches vom Handelnden bestimmt gewollt war, aber im Kausalverlauf die vom Täter allein vorgestellte Tauglichkeit (Wirksamkeit) nicht entwickelte. Will z. B. der Täter einen anderen aus Ärger, daß dieser ihn ins Wasser warf, nunmehr seinerseits ins Wasser werfen trotz der Vorstellung, daß das unvermutete kalte Bad jenem tüchtiges körperliches Mißbehagen verursachen werde, so wird er vorsätzlicher Körperverletzung nicht schuldig, wenn der Stoß so ungeschickt ausfällt, daß der Gestoßene noch am Ufer hinfällt und sich dabei die Haut schürft.

Gibt jemand, um die schädlichen Wirkungen eines Giftes auf Wunden zu experimentieren, einem ahnungslosen Kind das Gift in der Erwartung, daß es das Gift zur Beruhigung seiner schmerzenden Wunde auf diese auflegen, infolgedessen aber heftigen Schmerz dort empfinden werde, so ist er bloß fahrlässiger Körperverletzung schuldig, wenn das Kind das Gift einnimmt und selbstverständlich Magenschmerzen davon bekommt. — Anders liegen die Fälle, in denen jemand einen rechtlich relevanten Erfolg nicht nur für den Fall will, daß er durch eine bestimmte Tauglichkeit seines Mittels, an die er zunächst dachte, herbeigeführt wird. Es genügt alsdann, daß er wußte, das Mittel sei geeignet, einen bestimmten gewollten Enderfolg zu veranlassen, und daß darin die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes liegt. Eine Ausnahme hiervon wäre nur gegeben, wenn er die in concreto eingetretene Abweichung des Kausalverlaufs sich vorgestellt, aber bei der Tat aus dem Bereich des für möglich Gehaltenen und des Gewollten ausgeschlossen hätte. Z. B. jemand sperrt einen anderen in Tötungsabsicht ein und erwartet, daß jener etwa verhungert oder im Wahnsinn sich das Leben nimmt oder an einer bestimmten Krankheit stirbt. Verbrennt nun etwa der Eingesperrte, so ist der Täter gleichwohl Mörder, es sei denn, daß er den Fall des Flammentods sich zwar einmal vorgestellt, aber dann aus dem Bereich der vorgestellten Möglichkeit ausgeschieden und auch nicht eventuell gewollt hat. Diese Ausnahme stellt in Wirklichkeit nur eine negative Seite des an die Spitze gestellten Satzes dar, nämlich dahin, daß der eingetretene Erfolg, welchen der Täter wollte, nicht als Folge eines Mittels eingetreten sein darf, dessen konkrete Wirksamkeit entschieden nicht gewollt war.

Die vorgezeichneten Lösungen (a—c) ergeben sich bei strikter Festhaltung und logischer Durchführung der Regeln, daß nur ein in concreto als Wirkung der vorsätzlichen Handlung vorausgesehener Erfolg von rechtlicher Relevanz als doloser angesehen werden kann, daß es andrerseits unmöglich ist, die Kenntnis aller Einzelheiten eines in Ursache und rechtlich relevanter Wirkung richtig erkannten Kausalverlaufs zum dolus zu verlangen.

2. Auf anderer Grundlage baut sich auf die Lösung v. Liszts (Lehrbuch, 12. Aufl., § 40). Ausgehend davon, daß der Irrtum wesentlich sei, d. h. den Vorsatz aufhebe, wenn den Täter die Erkenntnis seines Irrtums, die Voraussicht des tatsächlichen Verlaufes von der Begehung der Tat abgehalten hätte, gelangt er dazu, Fälle der aberratio ictus für unbeachtlich zu erklären, da hier der Irrtum angeblich unwesentlich sei; bei error in persona sive in obiecto dagegen wird in zwei Beispielen (S. 178, 179) der Irrtum für beachtlich erklärt.

Tatsächlich wird hiernach bei der aberratio die nicht vorhandene Voraussicht eines konkreten verursachten Erfolges als Vorsatz behandelt. Dazu kommt das weitere Bedenken, daß sehr viele Fälle der aberratio denkbar sind, in welchen die Voraussicht des tatsächlichen Verlaufes den Täter von der Begehung der Tat abgehalten hätte. Sogar in einem der beiden bei v. Liszt gegebenen Beispiele ist dies möglich. Wenn bei einer Wirtshausbalgerei ein bestimmter Schlag einen anderen als den ursprünglich ins Auge gefaßten Gegner trifft, der Getroffene aber eine schwache Person ist, die ein wuchtiger Schlag niederstreckt, so kann es recht wohl sein, daß der geführte wuchtige Schlag unterblieben wäre, wenn der Täter daran gedacht hätte, er könne damit statt des ihn bedrohenden robusten X den ihm ungefährlichen Knirps Y treffen. Tatsächlich wird von v. Liszt bei der Behandlung der aberratio das für die Relevanz des Irrtums aufgestellte Prinzip wieder verlassen. Außerdem ist jenes Prinzip in zahlreichen Fällen praktisch undurchführbar. Ist es schon sehr schwer, festzustellen, was mancher wirklich gewußt und gewollt hat, auch wenn er selbst seine Erinnerungen darüber wahrheitsgetreu angibt, so gerät man bei der Frage: Wie würde der und der in einem bestimmten Falle gehandelt haben, sehr häufig zu ganz willkürlichen und unsicheren Hypothesen. Zwar kann manchmal aus Vorleben oder Charakter ein bestimmtes Handeln prophezeit werden. Aber es gibt eine Menge von konkreten und gesetzlichen Tatbeständen, bei denen man nicht nur keine festen, sondern überhaupt keine Anhaltspunkte hat, weder für die eine noch für die

andere Richtung des Handelns. Selbst da aber, wo sich feststellen läßt, der Täter würde sehr wahrscheinlich bei richtiger Voraussicht des Kausalverlaufs den mit Strafe bedrohten gewählt haben, würde man in Wahrheit ohne Ausführungshandlungen wegen der Wahrscheinlichkeit strafen, daß ein verbrecherischer Vorsatz gefaßt worden wäre, der gar nicht gefaßt worden ist. Eine derartige Behandlungsweise erscheint noch bedenklicher als die Forderung der Bestrafung von nudae cogitationes, da diese dann doch wenigstens vorhanden gewesen sein müßten.

Andererseits ist nach v. Liszt bei dem error in persona ein vorsätzlich herbeigeführter Erfolg als unvorsätzlich zu behandeln, obwohl diejenigen konkreten Eigenschaften des Tatbestandes, welche den gesetzlichen Tatbestand erfüllen, vom Täter bei seiner Handlung richtig erkannt waren. v. Liszt gibt übrigens zu, daß die der seinigen entgegenstehende Auffassung hier „geringere Bedenken" habe.

Zur Lösung des dritten Problems wird es sich empfehlen, zunächst die verschiedenen Lösungsversuche zu gruppieren und dabei diejenigen Ansichten kurz zu besprechen, bei denen dies ohne Vorgreifen auf spätere Untersuchungen möglich ist (I). Daran reiht sich die Erörterung einer für durchführbar erachteten Scheidung innerhalb des Rechtsirrtums (II), die Untersuchung ihrer praktischen Anwendung und ihre Vergleichung mit der Praxis nnter Hinweis auf Fälle, wo dieselbe mit ihrem Prinzip in Widerspruch gerät (III). Es folgt die Begründung des eingenommenen Standpunkts aus dem geltenden Rechte und aus dessen Entstehungsgeschichte, soweit sie für die Auslegung von Wichtigkeit ist, sowie die Besprechung der hauptsächlichen anderen Ansichten (IV). Den Schluß bildet die Darstellung der Frage vom Standpunkte des Gesetzesvorschlags (V); sie wird eingeleitet von einer Übersicht über die Entwickelungsgeschichte (1) und die ausländische Gesetzgebung (2) und sodann dogmatisch begründet (3).

I.

Die verschiedenen Lösungsversuche.

Im wesentlichen sind es sechs Ansichten, die sich über die Frage gebildet haben, ob und inwieweit der Täter auch das Verbotensein der von ihm begangenen Handlung gekannt haben muß.

1. Nach einer weniger verbreiteten Auffassung ist jeder Rechtsirrtum des Täters für das Vorliegen des dolus belanglos. So Miřička,

Formen der Strafschuld, 1903, S. 129; v. Weinrich, Ztschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 17 S. 805, 808. Dieser Ansicht gehört seiner Fassung nach auch § 59 StGB. an. Ob Alex. Löffler, Schuldformen des Strafrechts, Bd. 1 (1895) S. 264 hierher zu zählen ist, läßt sich nicht bestimmt angeben. Er entscheidet sich nur negativ, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit kein Dolusmerkmal sei. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, 1903, S. 293 gehört dagegen hierher; er läßt aber Ausnahmen von der Regel durch Analogie zu. Endlich dürfte dieser Gruppe v. Buri, Ger.Saal Bd. 29, Beilageheft S. 187, zuzuzählen sein; er erklärt den Rechtsirrtum für belanglos, mit der Begründung, daß das Gesetz die Gesetzeskenntnis präsumiere.

Die vorstehende Auffassung würde aber zu unmöglichen Ergebnissen führen. Wenn jemand glaubt, er habe eine Sache, die er an sich nimmt, geerbt, so hat eine Bestrafung keinen Sinn, ebenso wie dann, wenn jemand zur zweiten Ehe schreitet in dem Glauben, durch die schriftliche Geltendmachung eines vorhandenen Anfechtungsgrundes sei ihre formelle Gültigkeit bereits erloschen, ohne daß es eines Prozesses bedürfe, oder endlich dann, wenn ein Strafrichter irrig glaubt, ein bestimmtes Strafgesetz sei so und so auszulegen und demgemäß für Freisprechung stimmt.

Die Praxis ist über diese Auffassung hinweggeschritten. Sie findet sich noch sporadisch in ausländischer Literatur und Gesetzgebung.

2. Nach einer anderen Auffassung ist der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum ein Irrtum über „Tatumstände“ oder er ist wenigstens dem Tatirrtum gleichzustellen [vgl. einerseits E. 4, 233 (36); andrerseits E. 10, 234 (36)], d. h. bei seinem Gegebensein ist der Erfolg nicht als Folge vorsätzlicher Übertretung des Tatbestandes zu erachten.

Diese Ansicht wird vertreten von Berner, Lehrb., 18. Aufl., S. 121 N. 1; Bittinger, Zwei Fragen aus der Lehre v. Delikt als rechtsw. Handl. Diss. S. 29f.; Frank, StGB. 4. Aufl., § 59 I; Geyer, Grundriß I, 111; Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, Diss., S. 40; Lucas, Subjektive Verschuldung, S. 73, S. 88f.; Schütze, Lehrb., 2. Aufl., S. 128 N. 6; im wesentlichen auch von Schwarze, StGB., 5. Aufl., § 59 N. 18 (nur de lege lata). Sie hat den Vorzug einer gewissen Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des praktischen Lebens, wird aber von Kohlrausch (Irrtum und Schuldbegriff S. 178) und Rosenberg (Zeitschr. f. d. ges. StRW., Bd. 23, S. 217f.) und schon früher von Binding, Normen, I, 93f. (2. Aufl.); Oetker, Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafr., 1876, S. 79; Hälschner, Gem. deutsches Strafr. I, 264 mit

mannigfachen Gründen angefochten. Es wird daher die Aufgabe sein, näher zuzusehen, ob diese Theorie durchführbar ist.

3. Das Reichsgericht, z. B. E. 19, 87, und mit ihm u. a. Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre S. 110; Kitzinger, GS. 55, S. 92; v. Liszt, Lehrb. § 41 II; M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafr., S. 114; Schäffer, Gehört nach d. RStGB. z. Begr. des Vors. das Bewußtsein d. Rechtswidrigkeit, Diss., 25; v. Wächter, Vorlesungen S. 152, erklären das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit da ausnahmsweise für erforderlich, wo in den gesetzlichen Tatbestand das Wort „widerrechtlich“ „rechtswidrig“ Aufnahme gefunden habe. Auf das Wort „unbefugt“ wird dies nicht durchweg erstreckt, obwohl es nur einen Fall der Rechtswidrigkeit darstellt.

Als Erster für das geltende Recht hatte diese Ansicht wohl Schaper in Holtz. Hdb. 2, 212 aufgestellt. Übernommen wurde sie vom preuß. Obertribunal, Entsch. Bd. 17, 320. Vom Reichsgericht wird sie in R. 5, 102 (05) damit begründet, daß der Täter sich sämtlicher Merkmale, durch welche seine Handlung vermöge der gesetzlichen Definition über den Tatbestand zu einer strafbaren wird, bewußt gewesen sein müsse. Dazu gehöre aber bei jenen §§ auch die Rechtswidrigkeit.

Abgesehen von allen anderen Bedenken gegen diese formalistische Begründung spricht gegen sie das Eine: Darnach müßte ein Täter sich auch aller subjektiven Tatbestandsmerkmale und aller Bedingungen der Strafbarkeit bewußt sein, z. B. seiner Rückfälligkeit, seiner Gewohnheitsmäßigkeit, des etwaigen Gegenseitigkeitserfordernisses, der Unerweislichkeit u. s. w. Gegen die ganze Theorie aber sprechen noch weitere Gründe, welche insbesondere auch Kohlrausch S. 72f., Binding, Grundr. § 49, S. 114 zur entschiedenen Ablehnung jener Regel veranlassen. (Über den ersten Vertreter der Ansicht vor dem geltenden StGB. vgl. Kohlrausch a. a. O.) Als ausschlaggebend erscheinen folgende Gegengründe:

α) Die willkürliche Verwertung des Wortes rechtswidrig im Gesetz: z. B. bei der Sachbeschädigung und Freiheitsberaubung würde der irrige Glaube an ein Recht entschuldigen, bei der Körperverletzung und Beleidigung dagegen nicht.

β) Die viel näher liegende Auslegung, daß der Gesetzgeber bei der Betonung des Wortes rechtswidrig nur besonders darauf aufmerksam[1]) gemacht hat, er wolle mit der Formulierung eines bestimmten Tatbestandes nicht ein absolutes Verbot aufstellen, sondern

[1]) Diesen Gesichtspunkt führt auch an Miřička, Formen der Strafschuld, S. 135.

bei bestimmten Vorschriften die sekundäre Natur des Strafrechts, die ja bei anderen Bestimmungen vielfach fehlt, außer Zweifel setzen.

γ) Die unbegreifliche Unterwerfung der Gesetzesanwendung unter das subjektive Urteil eines Täters über das von ihm gekannte Strafgesetz, welche vorliegen würde, wenn das geltende Recht bei manchen Delikten die Subsumtion der Tat unter die Strafbestimmung für relevant erklären wollte, obwohl es sonst nicht einmal den Glauben an die Rechtmäßigkeit der Tat als beachtlich anerkennt.

Bei diesem Punkte sondert sich das Reichsgericht allerdings mehr und mehr von den anderen Anhängern der hier besprochenen Theorie ab, was durch Kohlrausch S. 77f. und Lucas S. 92f. treffend nachgewiesen wurde. Beruht der Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit nämlich auf irriger Auslegung oder Ausdehnung einer Norm, so soll dieser Irrtum irrelevant sein. Vgl. bes. E. 11, 90 (94). Bereits E. 4, 124 (26) führt richtig aus, irrige Annahme, das Recht gestatte eine Handlung, welche der Täter im übrigen als Hausfriedensbruch richtig erkannt hatte, sei irrelevant. Außer den von Kohlrausch angegebenen Entscheidungen sind hier noch einschlägig E. 32, 414, welches nach dem gleichen richtigen Grundsatz im Falle des § 328 StGB. entscheidet, während eine ältere Entscheidung in E. 1, 1 ausgesprochen hatte, irrige Auslegung der Vorschriften, deren wissentliche Übertretung der § 328 StGB. bedroht, sei relevant. Der neueren Auffassung folgt ferner E. 29, 312: Irrelevant sei die Annahme, es greife nicht in ein gekanntes fremdes Markenrecht ein, wenn man trotz Verwertung der fremden Marke nicht den Anschein erwecken wollte, daß die Ware von einem anderen als dem Täter herrühre. Diese Auslegung wird vom Reichsgericht vorgenommen, obwohl § 14 II des Warenzeichengesetzes verlangt, daß die Verwertung wissentlich und widerrechtlich geschehen sei. Auch E. 36, 158 (60) sieht in einem Falle [§ 9 des Sprengstoffgesetzes], in dem das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nach dem Reichsgericht erforderlich ist, die Möglichkeit für den Unterrichter, an den zurückverwiesen wurde, vor, daß das Fehlen jenes Bewußtseins auf einem irrelevanten strafrechtlichen Irrtum beruhe. Vgl. endl. RG. in Goltd. Arch. Bd. 47, S. 445 mit E. 31, 344 über das Erfordernis der Rechtskenntnis nicht auch der richtigen Rechtsauslegung bei vorsätzlichen Portodefraudationen. Auf Grund dieser Judikatur wird man mit Kohlrausch sagen müssen, daß die behauptete Ausnahmestellung der Delikte, welche das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand aufgenommen haben, beim Reichsgericht ihrer materiellen Seite nach der

praktischen Bedeutung entkleidet ist und nur eine scheinbare Sonderstellung bedeutet. Es bleibt im wesentlichen nur eine formale, prozessuale Folgerung aus jener Theorie übrig, nämlich die, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (d. h. dann im Sinne des Reichsgerichts nur mehr: das Fehlen außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums) in der Urteilsbegründung zu konstatieren ist. Vgl. E. 11, 90 (94) mit E. 2, 375 u. 8, 44 (46), und dazu Kroschel, Abfassung der Urteile in Strafsachen S. 43 f. Auch insoweit kann freilich dem Reichsgericht kaum beigetreten werden. Von der Frage nach der Bedeutung, welche das Reichsgericht der Anführung der Rechtswidrigkeit im Tatbestande beilegt, völlig zu trennen ist die andere Frage, ob nicht das Reichsgericht in einigen derjenigen Fälle, wo die Rechtswidrigkeit zum gesetzlichen Tatbestand gehört, z. B. in § 267, 292, 303, auch die Grenze des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums weiter gezogen hat, als in anderen. Vgl. darüber Beispiele bei Kohlrausch S. 134, 136, 148.

Von den Gegnern der erwähnten Theorie, daß die Hervorhebung der Rechtswidrigkeit im Gesetze das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für diese Vorsatzfälle erforderlich manche, gehen andrerseits manche, z. B. Lucas S. 92 f., Klee S. 72 f., so weit, der Beifügung des Wortes „rechtswidrig“ usw. in allen Fällen die sachliche Bedeutung gänzlich abzusprechen.

Diese Behauptung trifft zunächst nicht zu für diejenigen Fälle, in denen das Adjektivum „rechtswidrig“ zu dem Vorsatz oder der Absicht hinzutritt, so in § 267, 289, 346. Der Vorsatz wird hier stets ausgeschlossen durch den Willen des Täters, ein bestehendes Recht durch die Handlung zu erhalten oder zu erringen. Damit soll nicht gesagt sein, daß nur die Einfügung von „rechtswidrig“ als Merkmal des Vorsatzes (oder der Absicht) imstande sei, die Erstreckung des Vorsatzes auf die Rechtswidrigkeit zu einem Erfordernis des Deliktes zu machen. Z. B. ist für § 345 StGB. das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Erfordernis ganz zweifellos durch die Wendung zum Ausdruck gebracht: „Ein Beamter, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie nicht vollstreckt werden darf.“ Auch für § 341 StGB. wird das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu fordern sein, während hier das Erfordernis „ohne zur Handlung berechtigt zu sein“ nach dem Satzbau nicht als ein Objekt des Tatbestandsmerkmals „vorsätzlich“ unter die Deliktsmerkmale aufgenommen ist.

Die Beifügung des Wortes „rechtswidrig“ rechtfertigt sich viel-

mehr damit, daß in einigen Fällen das Strafgesetz die nirgends anderswo gesetzlich niedergelegte Norm zum geschriebenen Rechte macht, in einigen anderen Fällen den Umfang des Delikts enger zieht, als die außerhalb des Gesetzes für ein bestimmtes Rechtsverhältnis bestehenden Normen. In diesen Fällen sind die Grenzen der Rechtswidrigkeit in erster Linie aus dem Strafgesetze selbst zu entnehmen (vorbehaltlich gewisser auch in solchen Fällen Wirksamkeit behauptender Unrechtausschließungsgründe, wie z. B. Selbsthilfe, Erziehungsrecht, Notstand, obrigkeitlicher Befehl, welche anderwärts ihre Regelung gefunden haben). Zu diesen Fällen werden z. B. zu rechnen sein das Verbot der Gewerbsunzucht, des Bettels, der Tierquälerei; die in den §§ 344, 347 für Beamte gegebenen Verbote, gegen Unschuldige eine Untersuchung zu eröffnen, Gefangene entweichen zu lassen; das Verbot der Brandstiftung bestimmter eigener Sachen (§ 308); das Verbot, unwahre Tatsachen vor Gericht als Entschuldigung vorzuschützen (§ 138); die Verbote des Landesverrats § 87 f.; das Verbot der sogen. intellektuellen Urkundenfälschung (§ 271); die beiden ersten Verbote des Gotteslästerungsparagraphen; die Verbote des § 175; die Verbote der Kuppelei und Zuhälterei (§ 180 f.), der Begünstigung und Hehlerei, des Glückspiels.

Da dergleichen Strafsatzungen neben zahlreichen anderen Strafsatzungen vorkommen, welche anknüpfen an anderwärts näher umgrenzte Verbote (z. B. das Verbot der Körperverletzung, der Sachbeschädigung, des Diebstahls, der Nötigung, der Freiheitsberaubung, des Hausfriedensbruchs), wäre es sehr begreiflich, daß Zweifel aufkämen (z. B. im Falle des § 286), ob bei bestimmten Strafgesetzen eine primäre oder eine sekundäre Vorschrift (praeceptum legis) gegeben werden wollte, ob mit anderen Worten eine bestimmte strafgesetzliche Vorschrift absolut auftreten sollte, ob sie also etwaige andere Vorschriften, die die gleiche Materie betreffen, für das Strafrecht zu korrigieren und etwa ein engeres oder weiteres Verbot aufzustellen hatte, oder ob sie nur vorbehaltlich der anderwärts gezogenen Grenzen der Rechtswidrigkeit ihren Tatbestand formulierte. Der Gesetzgeber hat infolgedessen solche Zweifel bei bestimmten Fällen, wo er ihr Auftauchen fürchtete, abschneiden wollen durch Einschaltung von „rechtswidrig, widerrechtlich, unbefugt, pflichtwidrig, unberechtigt, ohne obrigkeitliche Erlaubnis“. Dies geschah je nach der Satzstellung des Eingefügten teils hinsichtlich des ganzen Tatbestandes (z. B. in § 239, 303) teils hinsichtlich eines einzelnen Merkmals, bezüglich dessen man es allein für nötig erachtete (z. B. in

§ 240, 253, 292, 353 II), und war in einigen Fällen dringend erwünscht (z. B. § 291, 296a, 304, 346, 356, 367 Z. 9, 369 Z. 11), in anderen (z. B. § 239, 303) allerdings überflüssig. Für § 240 hat sich sogar trotz der Einfügung von „widerrechtlich“ noch die Streitfrage erhoben, ob dieses Wort sich auf die Gewalt oder (was de lege lata aber nicht de lege ferenda richtig ist) auf das Nötigen bezieht, nicht etwa weil an sich jede Einfügung überflüssig wäre, sondern weil man nicht sicher erkannte, ob die positive Strafsatzung in § 240 die allerdings hier wohl überflüssige Konstatierung enthält, daß nur eine widerrechtliche Nötigung bedroht sei (im Hinblick auf den Satzbau und den benachbarten § 239 gegen das Reichsgericht zu bejahen) oder ob sie die gar nicht überflüssige Festsetzung enthält, daß eine sonst berechtigte Gewalt und Drohung den Nötigungstatbestand unter allen Umständen ausschließe. Richtig Binding, Lehrb. 1, 91 N. 3 (2. Aufl.) gegen die herrschende Lehre. Vgl. Frank, StGB. § 240 I; E. 2, 286.

Diejenigen, welche das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in denjenigen Fällen fordern, in welchen das Wort „rechtswidrig“ oder ein ähnliches vom Gesetze hervorgehoben ist, gehen hinsichtlich der sonstigen Behandlung des Rechtsirrtums nicht zusammen. Das Reichsgericht, insbes. in E. 22, 141 (46), sowie in zahlreichen anderen, unten zu besprechenden Entscheidungen, neuerdings auch das Reichsmilitärgericht (z. B. RMGE. 2, 212; 3, 27), ferner z. B. Rüdorff-Stenglein, StGB. § 59 N. 6, Oppenhoff, StGB. § 59 N. 15, Heilborn, Der Agent provocateur, S. 163 läßt als „Irrtum über Tatumstände“ im Sinne des § 59 StGB. sowohl den Irrtum über Tatsachen (= historische Ereignisse) als auch den Irrtum über Rechtsbegriffe gelten, wenn er auf falscher Auffassung von Rechtssätzen außerhalb des Strafrechts beruht. v. Liszt verwirft diese Unterscheidung, wendet jedoch seine oben besprochene Theorie, daß der Irrtum relevant sei, wenn den Täter die Erkenntnis seines Irrtums von der Begehung der Tat abgehalten haben würde, auf den Rechtsirrtum merkwürdigerweise nicht an, sondern erklärt, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht Deliktsmerkmal sei (§ 41 I), obwohl es doch sehr denkbar ist, daß manche Handlung unterlassen würde, wenn der Täter das Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit hätte. Er vertritt also im übrigen die Ansicht sub 1 oben. Freilich ist damit hinwiederum schwer vereinbar sein an anderer Stelle hervorgehobener Satz (S. 175), zum Vorsatze gehöre auch die richtige Subsumtion der Tatsachen unter das Gesetz. Darnach müßte der Täter stets das Strafgesetz kennen.

4. Binding, Normen I 90 f. (2. Aufl.), II 102 f.; Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, 1903, S. 18; Basedow, Strafrechtliche Verschuldung, Diss. 1898, S. 87; Beling, Grundzüge S. 55; Birkmeyer, Rechtsenzyklopädie S. 1048; Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum 1900, S. 67; Oetker, Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafr. 1876, S. 42 f., 90; Olshausen, StGB. § 59 N. 30 verlangen zu allen vorsätzlichen Delikten das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, d. h. das Bewußtsein, daß die Handlung dem objektiven (die Menschen ohne Ausnahme in den Bereich seiner Regelung ziehenden) Rechte zuwiderlaufe. Auf diese Theorie muß wie auf die unter 1 und 2 und unter 6 bezeichnete noch zurückgekommen werden.

Nicht stichhaltig ist jedenfalls die dagegen vorgebrachte Behauptung von Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1901) S. 277 f., daß es eine objektive Rechtswidrigkeit überhaupt nicht gebe. Diese Behauptung steht im Widerspruch zum festen positiven Sprachgebrauch, den Hold von Ferneck ohne triftigen Grund als belanglos für die Rechtsphilosophie über Bord wirft. Da die Menschen, auch wenn sie nicht zurechnungsfähig sind, durch das Recht verpflichtet werden, ebenso wie sie nicht etwa bloß kraft einer Fiktion sondern wirklich Träger von Rechten ohne Rücksicht auf ihre Handlungsfähigkeit werden, ergehen die Normen auch an sie. Die Normen ergehen ferner auch an die der Norm Unkundigen. Die genannten Personen werden persönlich verpflichtet und können daher auch mit diesen Normen in Widerspruch stehen, was insbesondere in zivilen Folgen und hinsichtlich der Begründung eines Notwehrstandes sich äußert. Damit ist der Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit gegeben, welcher nicht davon abhängt, ob oder inwieweit es vernünftig ist, gegen solche Personen im Falle eines Widerspruchs mit der Norm öffentliche Strafe als Unrechtsfolge eintreten zu lassen.

5. Über die Vertreter der Normentheorie weit hinausgehend nimmt Ortmann, Gerichtssaal 30, 344 (1878) für den dolus das Erfordernis eines Bewußtseins nicht nur der Deliktsmerkmale sondern auch der Strafbarkeitsmerkmale an und verlangt also auch das Bewußtsein der Strafbarkeit. Für das geltende Recht fehlt es dafür vollständig an zureichender Basis. Direkt gegen seine Theorie spricht die Erwägung, welche dem Gesetzgeber gemäß dem damaligen Stande der Schuldlehre nicht fremd geblieben sein kann, daß das Wissen um die Strafbarkeit einer Tat kein Erfordernis für die Entstehung oder das Vorhandensein einer Schuld bildet. Hätte er positivrechtlich das Gegenteil gewollt, so hätte er es unzweideutig erklären

müssen. Gegen ihn spricht der § 59, dessen Ausdruck „Tatumstände“ sicher einen Gegensatz hervorheben wollte, und kein Gegensatz ist so sicher mitbetroffen, wie der Gegensatz „Strafbarkeitsmerkmale“. Gegen jene Theorie sprechen auch die §§ 56, 58, welche die Jugendlichen bereits bei Vorhandensein der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht bestraft wissen wollen ohne Rücksicht auf das tatsächliche Vorhandensein jener Erkenntnis. Wollte man hieraus den auch in anderer Beziehung noch verfehlten Schluß ziehen, daß die Erwachsenen die Erkenntnis ihrer Strafbarkeit besessen haben müssen, so würden an die Straffälligkeit eines Jugendlichen geringere Anforderungen gestellt sein als an die der Erwachsenen. Man hätte dann die Strafbarkeit der Jugendlichen sehr leichthin genommen im Vergleich zu Erwachsenen; ihre Strafbarkeit wäre also eher anzunehmen. Dies widerspricht aber vollständig der Absicht des Gesetzgebers, welcher im Gegenteil eher die Straffälligkeit der Jugendlichen erschweren will. Auch damit kann nicht operiert werden, daß § 2 StGB. das Vorhandensein einer vorherigen Strafdrohung als Voraussetzung der Bestrafung aufgestellt hat. Denn damit hat das Gesetz nicht ein Tatbestandsmerkmal sondern nur eine von außen hinzutretende Bedingung der Strafbarkeit aufstellen wollen. Es müßte sonst doch mindestens noch eine Frist seit Erlassung des Gesetzes bis zur Möglichkeit es anzuwenden vorgesehen sein. Die Strafgesetze können aber nach § 2 ganz unbekümmert darum zur Anwendung gebracht werden, ob innerhalb der Zeit bis zur Tat der Täter auch in der Lage war, das Gesetz kennen zu lernen. Der § 2 will in dieser Hinsicht nichts als eine beschränkte generelle Möglichkeit bieten, daß auch das Strafgesetz (abgesehen von einer etwa schon vorher bestehenden Norm) bekannt sei.

6. Von einer größeren Gruppe von Schriftstellern wird endlich zwar nicht ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit aber ein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit oder doch die Möglichkeit, sich der Pflichtwidrigkeit bewußt zu werden, zum Vorhandensein der vorsätzlichen Begehung eines Verbrechens verlangt. Da wegen der verschiedentlich selbständigen Begründung dieser Theorie die Mehrheit der Vertreter einzeln zu besprechen sein wird, sei einstweilen nur auf Kohlrausch S. 33 f., 187; Liepmann, Einleitung in das Strafr., S. 134; v. Schwarze, StGB. § 59 N. 15 (de lege ferenda); Stooß, Schw. Z. f. StrR. 10, 354 (de lege fer.); M. E. Mayer, Kulturnormen und Rechtsnormen 1903, S. 118 f. verwiesen.

II.

Die Möglichkeit einer mehrfachen Scheidung innerhalb des Rechtsirrtums im Strafrecht.

Vorauszuschicken ist, daß im Folgenden kurzweg von Irrtum auch zur Bezeichnung der bloßen Unkenntnis eines Umstandes gesprochen wird, wo nicht ausdrücklich das Gegenteil zur Hervorhebung kommt. Dies rechtfertigt sich damit, daß es in der Regel bei Rechtsirrtum nicht auf ignorantia oder error, also nicht darauf ankommt, ob eine rechtliche Bestimmung bloß nicht gekannt war oder ob an ihre Stelle eine positive falsche Vorstellung vom Rechte getreten war.

Eine Scheidung der Objekte des Irrtums läßt sich zweifellos dahin machen, ob der Irrtum die sinnfällige Wahrnehmung eines historischen Außenweltsereignisses, z. B. eine Farbe, einen Klang, einen Geruch, oder aber die Subsumtion eines solchen Ereignisses unter einen sei es vom allgemeinen Sprachgebrauch, sei es von einer bestimmten Wissenschaft (speziell dem Rechte) aufgestellten Begriff zum Gegenstand hat. Dabei kann die vorherige Subsumtion des Ereignisses unter einen Begriff Voraussetzung für die Subsumtion unter einen anderen weiteren Begriff sein. Liegt der Fehler in der irrigen Subsumtion unter den ersten Begriff, welcher dann die irrige Subsumtion unter den weiteren Begriff mit sich bringt, so bleibt doch immer der Irrtum ein Irrtum über Begriffe, sofern man überhaupt deren Gegebensein in einen Gegensatz zum Gegebensein von Tatsachen setzt. Durchaus richtig hierin E. 23, 374.

Die Irrtümer über die Subsumtion eines richtig erkannten Ereignisses unter einen Begriff lassen sich theoretisch sicher auch weiter unterscheiden nach verschiedenen Herrschaftsbereichen, denen die Begriffe typisch angehören. Denn die verschiedenen Begriffe werden durchaus nicht von der gleichen Quelle abgeleitet. Es gibt Begriffe, die verschiedenen Wissenschaften zugehören und in jeder ihre besondere Bedeutung bekommen. Es gibt aber auch Begriffe, deren Inhalt lediglich aus einer Wissenschaft entnommen und von ihr bestimmt wird, andere freilich hinwiederum, die man nicht einer bestimmten Disziplin zusprechen kann. In der Praxis läßt sich die Unterscheidung daher nicht durchführen. Die Strafbestimmungen wegen dolosen Verhaltens enthalten stets einen Tatbestand von Begriffsmerkmalen. An das Gegebensein sämtlicher Begriffsmerkmale knüpfen sie für denjenigen, der die Begriffsmerkmale vorsätzlich erfüllt hat, eine Strafsanktion. Es ist daher zu untersuchen, welcherlei der Art nach

verschiedene Objekte die dem Täter bei seiner Tatbestandserfüllung etwa unterlaufenden Irrtümer betreffen können. Dabei erscheint folgende Unterscheidung sehr wohl durchführbar.

1. Der Täter kann bei der Erfüllung der Begriffsmerkmale sich in Unkenntnis befunden haben über Tatsachen, mit oder ohne gleichzeitige Unkenntnis, daß diese Tatsachen im Falle ihrer richtigen Erkenntnis unter einen bestimmten Rechtsbegriff fallen.

Z. B. der Täter irrt sich darüber daß er die Sache eines anderen wegnimmt, weil er gar nicht bemerkt hat, daß sie sich etwa unter seinen Sachen befindet. Der Täter wirft ein Streichholz auf einen Holzboden, in dem Glauben, es sei bereits erloschen.

Daß der Tatirrtum nur relevant ist, soweit er sich auf den objektiven Tatbestand bezieht, nicht aber wenn er den subjektiven Tatbestand oder Strafbarkeitsmerkmale betrifft, wird allerseits anerkannt.

2. Der Täter kann sich in Unkenntnis befinden, daß irgend ein im Strafgesetz vorausgesetztes Rechtsverhältnis (ein rechtliches Gebilde) vorliegt, welches geschützt oder in besonders starkem Maße geschützt werden will. Dabei wird ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit entweder fehlen infolge des Mangels an Kenntnis des einzelnen in Frage stehenden Merkmals oder aber auch abgesehen hiervon.

Z. B. der Täter weiß nicht, daß der von ihm Angegriffene ein Bundesfürst ist (§ 81), oder daß der Anschlag, welchen er beschädigt, eine öffentliche Bekanntmachung darstellt (§ 134), oder daß das vorgefundene Siegel an einer vom Täter weggenommenen eigenen Sache die Beschlagnahme derselben bedeutet (§ 137) [1]). In diesen Fällen ist die Unkenntnis nicht eine bloße Unkenntnis der Verbotsnorm, welche vielmehr dem Täter bekannt gewesen sein kann, sondern zugleich eine Unkenntnis des vom Rechte bezeichneten Angriffsobjekts, welches vor vorsätzlichen Angriffen geschützt werden soll.

Davon zu unterscheiden ist:

3. Die Unkenntnis ausschließlich darüber, daß die begriffliche

---

1) Zahlreiche andere Beispiele, die aber nicht alle Rechtsbegriffe betreffen, führt Kohlrausch S. 104 f. an. Schon Geßler GS. 10, 218 (1858) beobachtete solche Fälle als Fälle eines Rechtsirrtums. Er gibt u. a. folgende Beispiele: Irrige Annahme eines Beamten, zur Vornahme einer Exekution Befugnis zu haben; irrige Annahme einer Sache als einer nicht geweihten aus Unkenntnis des Kirchenrechts; Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes in der Annahme, als Erbe hiezu berechtigt zu sein. Ob freilich die Geßlersche Scheidung in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum durchführbar und gerechtfertigt ist, ist damit in keiner Weise entschieden.

Bezeichnung der einzelnen im übrigen richtig erkannten konkreten Tatbestandsmerkmale den gesetzlichen Tatbestand einer Norm [welche durch Strafdrohung geschützt ist], erfüllt.

Auch dann nämlich, wenn das Gesetz, welches stets an das Erfülltsein abstrakter Begriffsmerkmale anknüpft, in einzelnen Fällen zum Vorsatz die richtige Subsumtion unter einen von ihm aufgestellten Begriff verlangt, kann es sehr wohl hinsichtlich anderer Begriffsmerkmale des Delikts, insbesondere hinsichtlich des Merkmals des Verbotenseins (d. h. des allgemeinen Merkmals, daß ein Widerspruch gegen den Willen einer im Tatbestand ausgedrückten Norm vorliegt) hiervon absehen[1]). Es ist also möglich, daß das Gesetz sagt, das Verpflichtetsein durch ein Verbot gehört nicht zu den Rechtsverhältnissen, die nur im Falle ihres Gekanntseins durch ein Zuwiderhandeln als angegriffen gelten. Wenn sich ein Irrtum über das Verbotensein nicht auf Unkenntnis von Tatsachen oder von solchen Rechtsbegriffen stützt, deren Kenntnis die Voraussetzung für die Möglichkeit eines Angriffs auf ein vom Gesetzgeber geschütztes Rechtsverhältnis bildet, sondern lediglich sonstige Voraussetzungen des Verbotenseins betrifft, so ist dieser Irrtum von dem sonstigen Irrtum qualitativ verschieden. Denn der Täter hat dann vom Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes, des allgemeinen wie des besonderen, insoweit Kenntnis gehabt, als das Gesetz sie fordert (also teils Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen von Begriffsmerkmalen, teils Kenntnis von den Begriffsmerkmalen selbst). Der Umstand, daß dieser gesetzliche Tatbestand auch verboten sei, ist ein davon unabhängiges weiteres Merkmal, dessen Kenntnis bloß dann zum Vorsatz gehört, wenn der Gesetzgeber ersichtlich dem Täter nur für den Fall der Erkenntnis seiner Verpflichtung diese Verpflichtung auferlegen wollte, wenn der Gesetzgeber also ersichtlich gewollt hat, daß das Schutzbedürfnis für die Geltung des Willens seiner Normen bedingt sei durch die Kenntnis dieser Normen selbst.

Ein Beispiel bloßer Unkenntnis des Verbotenseins wäre etwa[2]) der Fall, daß jemand in einen Garten vorsätzlich und rechtswidrig

---

[1]) Alsdann liegt auch bei irrigem Glauben an das Fehlen eines solchen Deliktsmerkmals, bei welchem das Gesetz für das Vorsatzerfordernis sich mit Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen begnügt, ein Irrtum lediglich über das Verbotensein vor.

[2]) d. h. die Richtigkeit vorausgesetzt, daß auch das geltende Recht die hier vertretene Unterscheidung innerhalb des Rechtsirrtums vertritt und demnach die Kenntnis der Norm nicht als allgemeines Erfordernis des Vorsatzes aufstellt.

eindringt, in dem Glauben, in Gärten könne Hausfriedensbruch nicht begangen werden, ferner der Fall, daß jemand bei Begehung einer Erpressung glaubt, es sei keine Drohung, wenn man ein Übel in Aussicht stellt, zu dessen Verwirklichung man befugt ist, oder endlich, daß ein Beamter denkt, alle Beamten dürften Geschenke für an sich nicht pflichtwidrige Handlungen annehmen.

Es ist demnach immer zu prüfen, ob sich eine Unkenntnis des Täters nur bezog auf die Identität irgend eines konkreten von seinem Vorsatz umfaßten gesetzlichen Merkmals mit einem Merkmal des Verbotsgesetzes, oder ob sie sich bezog auch auf andere Eigenschaften des Merkmals, z. B. auf eine Eigenschaft, deren Schutz vor Schädigung der Zweck der gesetzlichen Strafbestimmung ist. So muß der Beamte, welcher sich bestechen läßt, seine Eigenschaft als Beamter wenigstens in denjenigen rechtlichen Qualitäten kennen, welche das Gesetz vor der Korrumpierung schützen will, also insbesondere, daß er angestellt ist und daß ihm Amtsobliegenheiten übertragen sind.

Zum Behufe dieser Prüfung muß aber feststehen, ob ein einzelnes Merkmal nach dem Willen des Gesetzes nur dann als vorsätzlich erfüllt anzusehen ist, wenn der Täter auch seine rechtliche Bedeutung, sei es vollständig oder doch in bestimmtem Umfang kannte; wenn er z. B. im Falle des § 242 wußte, daß er noch nicht Eigentümer der weggenommenen Sache sei; oder im Falle der Wehrpflichtsverletzung seine Eigenschaft als Deutscher ohne Rechtsirrtum erkannte; oder ob ein Merkmal schon dann vom Vorsatz umfaßt ist, wenn der Täter seine tatsächlichen Voraussetzungen kannte, z. B. die tatsächlichen Voraussetzungen der Begriffe: Beleidigung oder Vermögensvorteil. Dies zu prüfen ist vielfach eine leichte, vielfach aber auch eine ziemlich umständliche Aufgabe, welche nur nach der ratio der einzelnen Bestimmung zu beantworten ist.

Es ist also immer zu fragen, welche Begriffe sollten nach der Tendenz des Gesetzes nur dazu dienen, um die unter das Strafgesetz fallenden vorsätzlichen Handlungen für die Rechtsanwendung generell zu umgrenzen, und welche Begriffe sollten die vom Rechte geschaffenen Beziehungen bezeichnen, welche vorsätzlich angegriffen sein müssen, damit ein vorsätzliches Delikt gegeben ist. Anders ausgedrückt: Insoweit das Bedürfnis des Strafgesetzgebers, dem Richter die Fälle, welche unter eine bestimmte Strafe fallen, anzugeben, die begriffbildende Quelle für die Bezeichnung von Ereignissen ist, wird Unkenntnis dieser Vorschrift für den Täter kein Entschuldigungs-

grund; das Strafgesetz verwendet seine Begriffsmerkmale hier selbständig, d. h. ohne Rücksicht, ob das Begriffsmerkmal in einer anderen Rechtsdisziplin anders verstanden wird. Aber die Frage, ob das Begriffsmerkmal in einer anderen Rechtsdisziplin seinen eigentlichen Sitz hat, wird dabei gar nicht aufgeworfen und kann bald bejahend bald verneinend beantwortet werden müssen. Insoweit das Strafgesetz dagegen einen Angriff auf rechtliche Gebilde (d. h. auf rechtliche Beziehungen, die durch irgend eine Rechtsvorschrift, vielfach[1]) außerhalb des Strafrechts, geschaffen sind) nur bei Kenntnis dieses Gebildes oder dieser Beziehungen vernünftigerweise als einen vorsätzlichen Angriff auf das Schutzobjekt ansehen kann, sind die in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommenen Begriffe Tatbestandsmerkmale, welche der Täter auch in ihrer begrifflichen Bedeutung erkannt haben muß, um wegen vorsätzlicher Begehung gestraft werden zu können.

Auf dem gleichen Grundgedanken beruhen wohl die Ausführungen v. Bars GS. 38, 252 f. (1886), der die Frage nach der Relevanz des Rechtsirrtums dahin beantwortet (S. 286):

„Der Rechtsirrtum des Handelnden ist prinzipiell im Strafrecht nicht zu beachten, auch insofern nicht, als für die Beurteilung des Straffalles Vorfragen aus anderen Rechtsgebieten in Frage kommen. Indes kann die besondere Natur einzelner Delikte eine Ausnahme begründen, wenn darnach entweder eine auf Verletzung eines bestimmten Rechtsverhältnisses gerichtete Absicht oder aber ein Handeln gefordert wird, welches von der Wissenschaft des Beschuldigten begleitet wird, daß er das Strafgesetz verletze.“ Nur scheint von Bar die Unkenntnis von partikulären Polizeivorschriften als solchen Fall nie zu betrachten, da er die Rechtsunkenntnis nur da für wesentlich erklärt (S. 274), wo das Gesetz die Rechtskenntnis „geradezu“ verlangt. Immerhin ist dieser Unterschied zwischen der v. Barschen und der hier vertretenen Ansicht nur ein gradueller. Im Prinzip stimmen beide für das geltende Recht überein.

Der unmittelbaren Anwendung dieser Sätze stellt sich jedoch eine Schwierigkeit entgegen, daß nämlich die Normen und Strafgesetze Tatbestände mit Ausnahmen enthalten. Solche Ausnahmen

---

[1]) Jedoch nicht immer. Die Frage, ob durch eine bestimmte Rechtsauslegung des Strafrechts das Recht gebeugt wird, ist eine strafrechtliche. Die für die Bestrafung wegen Rechtsbeugung erforderliche Kenntnis betrifft also hier eine durch das Strafgesetz geschaffene Beziehung einer abzuurteilenden Handlung zu dem anzuwendenden Gesetz.

ergeben sich insbesondere aus den Bestimmungen des allgemeinen Teils (im StGB.) z. B. aus der Lehre von der Notwehr und dem Notstande, aber auch aus anderen Rechtsgebieten, z. B. aus den Bestimmungen über Erziehungsrecht, Selbsthilfe, obrigkeitliche Erlaubnis, Befehle von Vorgesetzten. Diese Ausnahmen von dem Gebot oder Verbot, wie es im Strafgesetz zum Ausdruck kommt, sind so zu betrachten, als wenn sie bei jedem einzelnen Strafgesetze in der Form von Bedingungssätzen in den Tatbestand aufgenommen wären. Denn in der Tat sind sie nichts anderes als generalisierte Bedingungssätze für das Vorliegen eines Verbrechens. Der Irrtum ist also einfach zu behandeln als Unkenntnis oder Irrtum über die Tatsache, daß ein wissentlich erfülltes konkretes Tatbestandsmerkmal der Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals kein Hindernis entgegenstellt sondern sich mit ihm deckt. Gl. M. wohl E. 4, 98 (100). Der Fall hat demnach insoweit keine qualitative Verschiedenheit von einem sonstigen Irrtum über das Gegebensein von objektiven Tatbestandsmerkmalen[1]). Jedoch zeigt sich bei der Behandlung der Unrechtausschließungsgründe ein Unterschied zwischen Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum. Rechtsunkenntnis ist nur relevant, wenn das Gesetz positiv das Wissen um ein Begriffsmerkmal verlangt; z. B. im Falle des § 327, 328 ist Kenntnis der erlassenen Vorschriften erforderlich. Sie ist irrelevant, soweit es sich um das Vorliegen von Ausnahmen vom gesetzlichen Tatbestand handelt. Es kann dem Gesetzgeber bei seiner Strafdrohung nicht darauf ankommen, daß der Täter, welcher die positiven Merkmale des Tatbestandes wußte, auch eine positive Vorstellung bekam, es liege keiner der etwa möglichen Entschuldigungsgründe vor. Es genügt völlig, wenn er die positiven Merkmale kannte und sich über das Fehlen oder Bestehen von Schuldausschließgründen keinerlei Gedanken bildete. Gl. M.: E. 28, 418.

Rechtsirrige Vorstellung dagegen (Rechtsirrtum i. e. S.) kann auch relevant werden bei der irrigen Annahme nicht bestehender Schuldausschließungsgründe. Diese ist nicht nur in dem allgemein anerkannten Fall relevant, daß jemand die tatsächlichen (konkreten) Voraussetzungen eines Unrechtausschließungsgrundes, z. B. der Notwehr, für gegeben erachtete, sondern kann es auch bei Rechtsirrtum werden. Das Gesetz kann auch Unrechtausschließungsgründe so

[1]) So auch Lucas S. 100, der aber von seinem Standpunkte, daß der relevante Irrtum außerstrafrechtlich sein müsse, ausgehend die Relevanz eines auf Rechtsirrtum beruhenden Glaubens an einen Schuldausschließungsgrund abhängig sein läßt davon, ob eine außerstrafrechtliche Rechtsnorm irrig angenommen wurde.



zum Ausdruck gebracht haben, daß es bei falscher Auslegung derselben die zum Vorliegen eines in Frage stehenden Delikts erforderliche Angriffsrichtung d. h. die zu bekämpfende Gesinnungsäußerung nicht mehr für vorliegend erachtet; z. B. der Täter legt eine unklare Dienstesinstruktion über die Voraussetzungen einer Beurkundung oder einer Verhaftung falsch aus oder nimmt an, die Instruktion befehle ihm sein Tun. Bloßes Nichtwissen des Fehlens einer ausnahmsweisen Befugnis zur Tat würde den Vorsatz nicht aufheben. Der Grund für diese Unterscheidung liegt darin, daß bei Unkenntnis der Abwesenheit von Schuldausschließungsgründen der volle dolus des Tatbestandes gegeben ist, da die Schuldausschließungsgründe nur Ausnahmen von einer Regel (nämlich dem durch das Gesetz ausgedrückten Verbote) darstellen. Auf das Fehlen von Ausnahmen muß sich der dolus nur dann erstrecken, wenn das Gesetz das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit verlangt. In solchem Falle liegt aber nicht mehr bloße Unkenntnis von Ausnahmen, sondern Unkenntnis der als positives Deliktsmerkmal behandelten Rechtswidrigkeit vor,[1] wenn das Fehlen ausnahmsweiser Befugnis nicht gekannt ist.

a) Nimmt der Täter irrig Tatsachen an, welche eine in Wirklichkeit vorgesehene Ausnahme vom Verbotensein bilden, handelt er z. B. in Putativnotwehr, so ist dieser Irrtum als ein tatsächlicher relevant. E. 19, 298, 21, 189. Ebenso steht es mit der irrigen Annahme eines Lehrerverhältnisses gegenüber einem gezüchtigten Knaben, sofern damit objektiv ein Züchtigungsrecht verknüpft wäre.

b) Nimmt der Täter auf Grund irriger Rechtsauslegung ein Rechtsverhältnis oder eine Rechtsvorschrift irrig an, welche eine in Wirklichkeit vorgesehene Ausnahme vom Verbotensein bilden würde (nimmt er z. B. an, er sei kein Beamter und unterstehe daher einer bestimmten Verbotsnorm nicht, oder nimmt er an, ein obrigkeitlicher Befehl, welcher ihm eine bestimmte Erlaubnis zu geben vermöchte, laute im Sinne einer solchen Erlaubnis), so ist je nach den Umständen des einzelnen Gesetzes zu beurteilen, ob der vom Täter angenommene Rechtszustand ein solcher ist, daß damit diejenige Schuld, welche in den Augen des Gesetzes durch die Strafe des vorsätzlichen Deliktes getroffen werden soll, aufgehoben oder so verändert wird, daß der Gesetzgeber einen vorsätzlichen Angriff auf das von ihm geschützte

[1]) Weiter geht Frank StGB., 3./4. Aufl., S. 103, der dolus müsse das Fehlen der negativen Tatumstände umfassen. Vgl. dagegen jedoch Kohlrausch S. 60 f., der andererseits irrt, wenn er glaubt, das StGB. könne die Schuldausschließungsgründe nicht als Ausnahme von einer Regel behandeln.

Rechtsgut nicht wohl mehr annehmen kann. Alsdann fehlt es am erforderlichen dolus.

Die irrige Annahme, man sei nicht Beamter und dürfe daher eine bestimmte Handlung vornehmen, ist solchenfalls als relevant anzusehen. Denn der Beamtenbegriff ist kein allgemein feststehender, sondern wird in den verschiedenen Bundesstaaten sehr verschieden umgrenzt. Er verwischt sich geradezu hinsichtlich seiner Grenzen. Gl. M.: E. 23, 374.[1]) Relevant ist auch der Irrtum über die Jagdbarkeit eines Tieres. Die Jagdbarkeit ist ein Begriff, der je nach Landes- und Ortsrecht verschiedene Objekte umfaßt. Gl. M. im Ergebnis E. 10, 234. Ebenso erscheint als relevant die auf irriger Auslegung beruhende Annahme der Zulässigkeit des Handelns auf Grund eines konkreten Befehls oder einer konkreten Erlaubnis für Personen in dienstlicher Stellung. Dabei begründet es keinen Unterschied, ob der Befehl oder die Erlaubnis in der Form einer speziellen oder einer generellen Dienstanweisung gedacht wurde. Vorausgesetzt ist jedoch, daß der Befehl oder die Erlaubnis im Falle ihres angenommenen Bestehens wirklich die Kraft hätte, die Handlung zu einer rechtmäßigen zu machen. Gl. M.: E. 19. 298; 33, 71. Vgl. auch E. 8, 104, das Kenntnis der Widerrechtlichkeit einer Verhaftung auf Seiten des Beamten verlangt (§ 341).

Wo das Gesetz den Vorsatz verlangt, eine Handlung vorzunehmen, die man nicht vornehmen darf (§ 345), schließt jede Unkenntnis des Verbots den dolus aus; wo ein rechtswidriger Vorsatz verlangt ist (§ 242, 267, 289), begründet wenigstens jede irrige Annahme, zu der Vornahme durch ein bestimmtes subjektives Recht befugt zu sein, einen relevanten Irrtum, E. 2, 184; 6, 251; 30, 125; R. 8, 272.

In anderer Form findet sich das nämliche Erfordernis, daß die Schuld sich auf die Rechtswidrigkeit zu erstrecken habe, bei den Urhebergesetzen vom 9., 10., 11. Jan. 1876 im Zusammenhalt mit dem Urhebergesetze vom 11. Juni 1870. Auch der rechtliche Irrtum entschuldigt, wenn der Täter in gutem Glauben gehandelt hat. Mit Recht wird dies von der überwiegenden Lehre auf den Irrtum über

[1]) Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum S. 2, nimmt Unvereinbarkeit dieser Entscheidung mit anderen an, bei welchen der Rechtsirrtum über die Soldateneigenschaft als irrelevant bezeichnet wurde. Allein der Begriff des Soldaten ist fest umgrenzt und zwar auf Grund Reichsgesetzes. Er kann vom Strafgesetz eher als bekannt vorausgesetzt werden als der Begriff des Beamten. Schon dies kann eine Verschiedenheit begründen.



das Verbotensein bezogen. Vgl. Birkmeyer, Ztschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 21, S. 613.

Glaubt jemand irrig, den Personenstand eines Kindes nach dem einschlägigen Zivilrecht verändern zu dürfen, so ist dies zwar die Annahme eines nicht existierenden Unrechtausschließungsgrundes, welche als solche irrelevant bleibt. Die Relevanz liegt aber gleichwohl vor. Sie ist damit zu begründen, daß die rechtlichen Voraussetzungen für das Gegebensein des Veränderns oder Unterdrückens eines Personenstandes nach (§ 169) dem Willen des Gesetzes offenbar vom Täter richtig erkannt worden sein müssen, weil außerdem eine Bestrafung dessen, der das vor Angriff geschützte Rechtsverhältnis nicht kannte, keinen Sinn hätte. Diese rechtlichen Voraussetzungen hat der Täter im Beispiel falsch aufgefaßt. Er weiß daher nicht, daß derjenige Zustand (nämlich eine angreifbare Seite des Personenstands) überhaupt vorliegt, welchen das Gesetz schützen will. E. 21, 411, im Ergebnis übereinstimmend, nimmt Straflosigkeit an, weil ein Zivilrechtssatz irrig vom Täter angenommen wurde.

Zu den Eällen der relevanten rechtsirrigen Annahme eines Unrechtausschließungsgrundes kann man auch rechnen den § 137 II des Vereinszollgesetzes: Rechtsirrige Annahme, die Einfuhr eines bestimmten Gegenstandes sei erlaubt, bezw. zollfrei, begründet nicht die Bestrafung wegen Kontrebande bezw. Defraudation, da ein solches Delikt begriffsmäßig die Absicht der Begehung einer rechtswidrigen Handlung durch Täuschung verlangt oder (was jedoch hier nicht interessiert) vermutet. Gl. M. im Ergebnis E. 28, 135.

In einzelnen Fällen kann also das Erfordernis eines rechtswidrigen Vorsatzes auch aus der Tendenz des Gesetzes oder dem Gebrauch von Deliktsbegriffen mit einer darauf hinweisenden Bedeutung (z. B. Defraudation) erschlossen werden, obwohl es nicht ausdrücklich hervorgehoben ist.

c) Abgesehen von dergleichen Fällen, wo der Rechtsirrtum die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Schuld (d. h. die subjektive Beziehung des Täters zu irgend einem ihm bewußten Angriffsobjekt) ändert, nützt dem Handelnden der auf Rechtsauslegung beruhende irrige Glaube an einen Unrechtausschließungsgrund nicht. Das Gesetz läßt vielmehr in den anderen Fällen den dolus nicht schon durch den Glauben an die Anwendbarkeit eines Rechtsbegriffs ausgeschlossen werden, dessen Gegebensein die Rechtswidrigkeit des vorsätzlich erfüllten Tatbestandes aufheben würde, sondern begnügt sich für den dolus mit der Kenntnis der tatsächlichen Merkmale, welche die

Anwendbarkeit des angenommenen Rechtsbegriffs als Unrechtausschließungsgrund unmöglich machen. In der Regel ist also die Konstruktion gar nicht existierender Rechtfertigungsgründe sowie die ungerechtfertigte ausdehnende Auslegung bestehender Rechtfertigungsgründe irrelevant. In sachlicher Übereinstimmung hiermit ist für unbeachtlich erklärt: die irrige Annahme, auf Grund einer obrigkeitlichen Erlaubnis zum Handeln befugt zu sein, wenn diese in dem vorliegenden Fall die Tat gar nicht zu entschuldigen vermag, E 29, 376 (betr. irrige Annahme, zum gewerbsmäßigen Glücksspiel berechtigt zu sein, weil eine obrigkeitliche Erlaubnis gegeben war); rechtsirrige Annahme eines Selbsthilferechts gegenüber säumigen Mietern E. 19, 298; irrige Annahme, gegenüber (ungerechtfertigten) Handlungen der Obrigkeit zur Selbsthilfe berechtigt zu sein, E. 22, 300; irrige Annahme, ein bestimmtes Verhältnis zu einem Kinde verleihe ein Züchtigungsrecht E. 33, 32; irrige Annahme, die gesetzlichen Bestimmungen über die maximale Arbeitszeit gestatteten ein bestimmtes Verhalten, E. 32, 14; irrige Annahme, es genüge zur Vornahme einer generell verbotenen Handlung das Vorliegen der Erlaubnis einer bestimmten Stelle, welcher das Gesetz die Ermächtigung hierzu nicht erteilt hat, E. 26, 265. (A. M. bezüglich dieses Falls Kohlrausch S. 153); irrige Annahme, zur Veröffentlichung eines Preßerzeugnisses befugt zu sein, wenn man bereits irgendwie eine verantwortliche Person angedeutet habe, jedoch ohne die Bezeichnung „verantwortlicher Redakteur“, E. 28, 399 (mit der bedenklichen Begründung, Irrtum über preßrechtliche Verpflichtungen, welche das Strafgesetz voraussetzt, sei Irrtum über das Strafgesetz).

Man darf die angeführten Entscheidungen wohl dahin verallgemeinern: Als irrelevant gilt, wenn nicht besondere Gründe bei einzelnen gesetzlichen Tatbeständen dagegen sprechen, die irrige Annahme einer befehlenden oder erlaubenden Bestimmung an die Allgemeinheit oder an eine Berufsklasse, z. B. Kaufleute, Redakteure, (also die irrige Annahme eines Gesetzes im materiellen Sinne). Es ist gleichgültig, ob das Vorhandensein des Rechtssatzes fälschlich angenommen wurde (denn dies ist nichts weiteres als eine Auslegung des Gesetzes, wonach sich der Täter eine nicht bestehende Ausnahme von dessen Anwendbarkeit auf seinen Fall fingiert) oder eine für andere Fälle wirklich bestehende Ausnahme (z. B. Notwehr) rechtsirrig ausgelegt wurde.

Der Behauptung, daß beide Fälle gleich zu behandeln sind, steht allerdings entgegen eine reichsgerichtliche Entscheidung, welche, jedoch

ganz ohne prinzipielle Erörterung, lediglich auf der undurchführbaren Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum fußend, die Annahme für relevant erklärt, das Gesetz erlaube in § 127 StPO. zum Zweck vorläufiger Festnahme eines auf frischer Tat betroffenen auch die Vornahme von Körperverletzungen, E. 34, 443 (46).

Mag sich nun der Irrtum wie in den Fällen a—c auf die irrige Annahme eines Unrechtausschließungsgrundes beziehen oder das begriffliche Gegebensein eines einzelnen gesetzlichen Tatbestandsmerkmals betreffen, überall wird man höchstens den Irrtum darüber als irrelevant erachten können, daß durch ein im übrigen richtig erkanntes Merkmal der Tatbestand eines Verbotsgesetzes zur Erfüllung kommt. Denn in allen anderen Fällen würde man unvernünftigerweise jemanden lediglich für einen Erfolg haften lassen, da er gerade diejenigen Merkmale nicht erkannt hat, in deren vorsätzlicher Verwirklichung der Gesetzgeber einen Angriff auf das von ihm geschützte Rechtsgut erblickt. Andrerseits setzt aber der Begriff der Schuld nicht notwendig voraus, daß der Täter auch das Strafgesetzbuch oder die sonstigen Rechtsquellen, in denen die Normen in die Erscheinung treten, kennt, sondern man kann positivrechtlich wie auch de lege ferenda das Bestehen einer Schuld manchmal auch da annehmen, wo nur eine Kenntnis der sinnfälligen Folgen einer Tat in der Außenwelt nachweisbar ist. Hierüber an späterer Stelle. —

Bei der Frage nach den Merkmalen im einzelnen, welche der Täter auch ihrer begrifflichen Bedeutung nach erfaßt haben muß, ist zu beachten, daß bei manchen gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen ein Irrtum sowohl über ihre tatsächlichen Voraussetzungen, als auch über ihre rechtlichen Voraussetzungen, als auch endlich über ihre Zugehörigkeit zu einem bestimmten Verbotsgesetz möglich ist. Man kann also nicht in allen Fällen durch die bloße Bezeichnung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals, auf das sich ein konkreter Irrtum bezog, über die Art des Irrtums ein Urteil fällen. Vielmehr kann der Irrtum über ein und dasselbe gesetzliche Tatbestandsmerkmal (z. B. über das Fremdsein einer Sache, über ein Züchtigungsrecht) sich darstellen:

1. Als reiner Tatirrtum. Z. B. der Wegnehmende weiß die Tatsache nicht, daß unter den vorsätzlich in einem Pakete weggenommenen Büchern auch ein fremdes sich eingeschmuggelt hat. Oder er verwechselt in der Dunkelheit seinen Schirm mit dem eines anderen.

Der züchtigende Lehrer verzählt sich und schlägt einmal öfter zu, als ihm erlaubt ist.

2. Rechtsirrtum[1]) über das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses, bei dessen Unkenntnis dem Gesetzgeber in seinen Augen der Grund für die konkrete Strafdrohung entfällt. Z. B. der Wegnehmende nimmt irrig an, die vorsätzlich weggenommene Sache sei bereits in sein Eigentum übergegangen. Ein züchtigender Lehrer nimmt irrig an, sein Lehrerverhältnis mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten erstrecke sich auch auf die Schüler anderer Klassen.

3. Als Irrtum über die Subsumierbarkeit eines Merkmals, dessen tatsächliche und rechtliche Bedeutung, abgesehen von seiner Zugehörigkeit zu einem Verbotsgesetz, richtig erfaßt wurde, unter eine Norm. Z. B. jemand nimmt an, der Ausdruck „fremd“ umfasse in § 242 nur Sachen, die auch früher nie dem Wegnehmenden gehört hatten. Der Lehrer glaubt irrig, auch abgesehen von seiner Lehrerstellung existiere für ihn ein jedem Erwachsenen zukommendes Recht zur Züchtigung ungezogener Straßenjugend.

Als „richtig erfaßt“ ist die tatsächliche und rechtliche Bedeutung eines Merkmals für den Gesetzgeber, der ja nur die Frage der Subsumtion unter die von ihm aufgestellten Tatbestandsmerkmale im Auge haben kann, schon dann anzusehen, wenn diejenigen Begriffselemente, welche das gesetzliche Merkmal ausmachen, richtig verstanden und erfaßt sind (vgl. das bei der Frage des Irrtums über Kausalitätsbedingungen Erörterte). Es ist also gleichgültig, ob der Täter das von ihm weggenommene Notizbuch, in welchem er eine ihm nicht gehörige Sache richtig erblickte, fälschlich für ein Portefeuille hielt. Ebenso ist es gleichgültig, wenn jemand weiß, daß er nirgends als Lehrer angestellt ist, ob er glaubt, sich Lehrer nennen zu können, weil er dem Geohrfeigten Privatstunden erteilt, und ob er weiter glaubt, wegen dieses Stundengebens ein Züchtigungsrecht zu erwerben. —

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß dem Reichsgericht allerdings beizustimmen ist, wenn es eine Ausscheidung zwischen dem Irrtum bloß über das Strafgesetz (d. h. über dessen Verbots-

[1]) Der Irrtum über das Bestehen eines im Gesetz vorausgesetzten Rechtsverhältnisses kann auch Tatirrtum sein, d. h. er kann in der falschen Vorstellung von den Ereignissen bestehen, auf welchen das konkrete Rechtsverhältnis beruht, z. B. der Wegnehmende glaubt, weil er bestimmte Worte falsch gehört hat, irrig, die weggenommene Sache habe ihm der Eigentümer geschenkt. Dieser Irrtum über das Fremdsein der Sache unterfällt als reiner Tatirrtum nicht der Ziffer 2.



bestimmungen) und dem Irrtum über andere Umstände, seien es auch Rechtssätze oder Rechtsbegriffe, für möglich und durchführbar hält. Vgl. insbes. E. 2, 268.

Andrerseits muß aber den Ausführungen von Kohlrausch S. 180f. und Rosenberg, Zeitschr. f. d. ges. StrRW., Bd. 23, 230 darin Recht gegeben werden, daß die Ausscheidung nicht nach dem Gesichtspunkt vorgenommen werden kann, ob der Rechtsirrtum einen Rechtssatz des Strafrechts oder außerhalb desselben betraf. Eine solche Ausscheidung ist abzulehnen aus mehrfachen Gründen:

a) Es gibt Begriffe und Bestimmungen, welche sowohl das Strafrecht als auch andere Rechtsgebiete verwerten, z. B. der Begriff der Schwägerschaft, der Ehe, des Beamten, eines lebenden Menschen, der Notwehr, des Verursachens. Es erscheint willkürlich, bei Identität eines solchen Begriffs in und außerhalb des Strafrechts denselben als einen solchen zu erachten, der seinen Ursitz im Strafrecht hat. Man kann auch nicht sagen, in derlei Fällen betreffe der Irrtum einen Rechtssatz oder Rechtsbegriff nicht bloß außerhalb des Strafrechts (so jedoch E. 34, 418 [21]). Denn fast alle Rechtssätze und Rechtsbegriffe, welche man als außerstrafrechtliche absondern möchte, kommen auch in dem Strafgesetz vor. Wenn man auch in zahlreichen Fällen sagen kann, das Strafrecht wollte einen Begriff nur in derjenigen Gestalt adoptieren, wie er sie in einer anderen Disziplin hat, so gibt es doch andere Begriffe, die einen ausgesprochenen Zugehörigkeitscharakter nicht an sich tragen. Ein Unrechtausschließungsgrund, wie Notwehr, Notstand, Selbsthilfe, der für das Zivilrecht das Unrecht ausschließt, muß dies notwendig auch für das Strafrecht tun. Ein Irrtum hierüber betrifft somit immer das Strafrecht. Es ist demnach nicht einzusehen, daß zwar die Sätze über die Gültigkeit und Dauer einer Ehe außerstrafrechtlich sein sollen (E. 9, 84), ebenso die Bestimmung des Beamtenbegriffs (E. 23, 374), nicht aber die Sätze über Ehehindernisse (E. 5, 159) oder über den Begriff der Schwägerschaft (E. 34, 418). Vgl. auch Kohlrausch S. 124. Würde z. B. § 1590 II BGB. dahin abgeändert, daß das Schwägerschaftsverhältnis die Ehe nicht überdauere, so wäre davon zweifellos auch das Strafrecht berührt (in § 173).

b) Es gibt ferner zahlreiche Blankettstrafgesetze, bei denen umgekehrt wegen Fehlens der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale im Strafgesetz ihre Zugehörigkeit zu diesem verneint werden kann, aber ebenso ihre Zugehörigkeit zu einem anderen Rechtsgebiete, weil sie ihrem vollen Wortlaut nach als Tatbestand dem Strafgesetz ein-

zugliedern sind. Es ist kaum angängig eine Grenze dahin zu ziehen, daß solche Ergänzungsgesetze oder Verordnungen je nach der Nähe, in welcher sie zeitlich oder räumlich neben der Strafsanktion erlassen werden, strafrechtliche oder außerstrafrechtliche Natur bekommen. Denn dies ist ein äußerlicher und zufälliger Umstand. Es läßt sich demnach nicht wohl behaupten, daß der Irrtum über die in Blankett vorgesehenen Bestimmungen bald dem Strafrecht angehört (so in den Fällen von E. 12, 298; E. 28, 399), bald einem anderen Rechtsgebiet (so in den Fällen von E. 6, 85; E. 12, 431).

c) Es gibt Fälle, in denen man die Zugehörigkeit eines Begriffes oder Satzes zu einem bestimmten Rechtsgebiet mit ziemlicher Bestimmtheit angeben kann, in denen aber gerade die konsequente Festhaltung und Durchführnng des Kriteriums der Außerstrafrechtlichkeit zu Ergebnissen führen würde, die das Gesetz sicher nicht gewollt hat, so daß sich die Praxis genötigt sah, entweder in ihren Entscheidungs g r ü n d e n die Zugehörigkeit zu dem betreffenden Rechtsgebiet zu leugnen, oder aber gelegentlich davon abzusehen, das sonst angenommene Prinzip als Entscheidungsgrund zu verwerten.

Als Irrtum über das Strafrecht ist anzusehen z. B. die irrige Auslegung des Strafgesetzes, welche zu einer ungerechten Verurteilung führt. Gleichwohl wird mit Recht zur Bestrafung wegen Rechtsbeugung nicht bloß Kenntnis der vorliegenden tatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtsanwendung, sondern auch richtige Kenntnis der zur Anwendung kommenden Rechtsbegriffe gefordert. (E. 25, 276.) Irrige Annahme, der persönlich zu Begünstigende habe eine nicht strafbare Handlung begangen (E. 13, 81) und irrige Annahme, nicht Beamter im Sinne des § 359 StrGB. zu sein (E. 23, 374) werden mit Recht als relevant angesehen [1]). Gleichwohl betrifft in diesen Fällen der Irrtum Bestimmungen des Strafrechts.

Umgekehrt kann der Irrtum über außerstrafrechtliche Rechtssätze, z. B. über Sätze des Zivilrechts, sehr wohl Merkmale betreffen, welche den Charakter des Schuldhaften und der Strafwürdigkeit der Tat in den Augen des Gestzgebers nicht benehmen oder sonst verändern, Merkmale also, bezüglich deren die Praxis die Relevanz eines Rechtsirrtums mit Recht v e r n e i n t. Bei gleichzeitigem Festhalten daran, daß nur strafrechtlicher Rechtsirrtum irrelevant sei, sieht sie

[1]) E. 13, 81 spricht allerdings nur davon, daß die Kenntnis, es sei ein Verbrechen oder Vergehen begangen, g e n ü g e. Damit ist aber eine solche Kenntnis verlangt.

sich genötigt, Bestimmungen, die zweifellos dem Zivilrecht oder einer anderen Rechtsdisziplin zugehören, als Strafrechtssätze zu erklären.

Z. B. die Bestimmungen über die Pflichten der Kaufleute zur Führung von Handelsbüchern gehören dem Handelsrecht an, die Bestimmungen über die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag dem gemeinen bürgerlichen Recht. Um irrige Annahme, durch das Handelsrecht oder das bürgerliche Recht zu einem Tun oder Lassen berechtigt zu sein, für irrelevant zu erklären, bezeichnet E. 4, 124; E. 19, 298 diesen Irrtum als strafrechtlichen [1]). In gleicher Weise wird verfahren hinsichtlich der gewerberechtlichen Bestimmungen über die Sonntagsruhe (E. 32, 14) hinsichtlich der rein militärrechtlichen Bestimmung, welche Personen Soldaten seien (E. 27, 407). Daß diese letztere Bestimmung eine strafrechtliche sein soll, ist um so auffallender, als die Bestimmung wer Beamter sei, vom Reichsgericht als eine nicht strafrechtliche erklärt wird, obwohl gerade sie im Strafgesetz (§ 359) und für das Strafgesetz gegeben ist.

In einzelnen Fällen endlich wird die Begründung, weshalb ein in Frage stehender Rechtsirrtum relevant sein soll, nicht ausschließlich auf die behauptete Zugehörigkeit des Rechtssatzes, sondern auch auf Erwägungen über die Entstehungsgeschichte oder die Bedeutung des Gesetzes gestützt, welche mit der Zugehörigkeit des Rechtssatzes nichts zu tun haben. Vgl. E. 8, 104 (06); E. 23, 374 (77); E. 36, 140 (44).

---

[1]) Im Falle von E. 19, 298 wird allerdings bemerkt, der Irrtum sei wesentlich, wenn die Täter sich eine konkrete civilrechtliche Norm eingebildet hätten. Allein wenn dieselben, wie der Tatbestand angibt, geglaubt haben, im Falle einer Säumnis des Mieters habe der Vermieter ein Recht der Notwehr oder Selbsthilfe, so haben sie eben an eine konkrete Berechtigung des Vermieters geglaubt, die nur eine civilrechtliche sein könnte. Falsa denominatio dieser Befugnis kann doch keinen Einfluß haben. Abgesehen davon kann es für die Zugehörigkeit einer angenommenen Norm zu einem bestimmten Rechtsgebiet doch keinen Unterschied begründen, ob die falsche Vorstellung, zu einem Tun auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses (Vermietereigenschaft und Saumsal des Mieters) berechtigt zu sein, sich verdichtet hat zur Vorstellung eines formulierten Rechtssatzes mit bestimmt gegebenen Grenzen jenes Rechtes, oder ob die falsche Vorstellung nur dahin konkretisiert war, beim Gegebensein des richtig angenommenen Rechtsverhältnisses (eines Vermieters zum säumigen Mieters) sei der Vermieter zu seinem konkreten Tun befugt. Die objektive Eigenschaft einer angenommenen Vermieterbefugnis verwandelt sich nicht dadurch aus einer civilrechtlichen in eine strafrechtliche Befugnis, daß die subjektive Vorstellung des Täters die angenommene Vermieterbefugnis nicht scharf umgrenzt hat. Mit Recht verlangt denn auch das RG. in GA. 39, 331 im Falle der irrigen Annahme eines anderen civilrechtlichen Unrechtausschließungsgrundes nicht, daß er des näheren vom Täter umgrenzt worden sein müsse, um als civilrechtlicher zu gelten. Es genügt ihm der Glaube, auf Grund eines Rechtsverhältnisses etwas überhaupt tun zu dürfen.

Letztere Entscheidung bezweifelt, z. B. ob auf steuerrechtlichem Gebiete ein Irrtum über den Umfang der Steuerpflicht als außerstrafrechtlicher aufzufassen sei, namentlich wenn das betreffende Steuergesetz eine Pflicht zur Angabe des ganzen, auch des steuerfreien, Einkommens, vorschreibe. Anscheinend wird hier die Irrelevanz daraus abgeleitet, daß Unkenntnis einer allgemeinen Pflicht vom Gesetze nicht wohl als ein Entschuldigungsgrund angesehen wird.

Auch E. 26, 308 ist hierher zu zählen. Die Entscheidung betrifft den Arrestbruch nach § 136 StGB. Irrige Annahme eines Rechts zur Ablösung des Siegels wird für relevant erklärt mit der Begründung: „Bestraft soll werden die Betätigung einer Mißachtung der in der Siegelanlegung ausgedrückten obrigkeitlichen Anordnung; glaubt der Täter, er habe ein Recht, das Siegel zu erbrechen u. s. w., so fehlt ihm das Bewußtsein, daß er durch seine Handlung der staatlichen Autorität entgegentrete, und er macht sich nicht strafbar.“ Hiermit hat sich das Reichsgericht auch in der Begründung völlig auf den Boden der hier vertretenen Theorie gestellt.

d) Gegen die Durchführbarkeit einer Ausscheidung nach dem Gesichtspunkte „außerstrafrechtlich“ oder „strafrechtlich“ spricht auch der Wortlaut des Gesetzes in § 59 StGB., aus welchem für jene Ausscheidung nichts zu entnehmen ist, gleichviel einstweilen, ob zu den Tatumständen auch Rechtsbegriffe zu zählen sind oder nicht. Zuzugeben ist nur, daß der Verfasser des § 59 wohl geglaubt hat, daß der Ausdruck „Irrtum über Tatumstände“ seiner Fassung nach geeignet sei, außer den Tatsachen auch die außerstrafrechtlichen Rechtssätze zu umgrenzen. Allein da hiefür der Ausdruck nichts weniger als bezeichnend, noch auch gemeingültig war, ist das jedenfalls ausschließlich eine Privatansicht des Redaktors. Dies gilt auch von dem Vorbild, das sich der Verfasser des nordd. StGB. vermutlich zum Muster nahm. John nämlich schreibt in der Begründung zu dem § 37 seines Strafgesetzentwurfs von 1868, welcher dem § 59 des geltenden Rechtes nahe verwandt ist, er wolle durch die dem bayerischen StGB. entnommenen Worte „Irrtum über Tatumstände“ den Satz error iuris nocet zum Ausdruck bringen. Zu einem solchen error gehöre aber nicht der Fall, daß zur Erkenntnis der Strafbarkeit einer Handlung die Kenntnis zivilrechtlicher Normen nötig sei (S. 289). Wie aus einer Verweisung auf Osenbrüggen (Abhandlungen aus dem Strafrecht, Bd. I 1857) hervorgeht, meint John, daß der Irrtum über zivilrechtliche Vorfragen für das Gegebensein eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals überhaupt kein Rechtsirrtum sei (S. 290). Allein

rechtliche Vorfragen eines Rechtsbegriffs sind ebenso wie die Frage, ob dieser Begriff direkt anwendbar sei, immer nur Gegenstand einer Rechtsauslegung. Will man zwischen Rechtsirrtum und Tatirrtum überhaupt scheiden, so gilt von allen Irrtümern über das Gegebensein von Rechtsbegriffen oder Rechtssätzen in gleicher Weise, daß sie im Gegensatz stehen zum Irrtum über das Gegebensein von anderen Tatsachen, nämlich zum Irrtum über die Erscheinungen der Außenwelt. John glaubte also auf Grund irriger Vorstellungen über logische Kategorien einen Fall des Rechtsirrtums von dem Gesamtgebiete der Rechtsirrtümer ausgeschieden zu haben, während in Wirklichkeit jene Ausscheidung nicht vorgenommen ist. Friedberg, der den John-schen Entwurf kannte und im Wesentlichen dessen Formulierung ebenfalls verwertete, hat wahrscheinlich sich darauf verlassen, daß die Johnsche Behauptung über die Tragweite seines Paragraphen richtig sei.

Spricht demnach das positive Recht nicht für die reichsgerichtliche Unterscheidung, so kann man diese auch nicht etwa durch die dürftige Begründung halten, daß ein seit lange hergebrachter Sprachgebrauch die Gleichstellung des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums mit dem Tatirrtum rechtfertige. So jedoch Olshausen § 59 N. 2. Dem Sinne nach wohl auch E. 22, 141 (48): „Es entspreche allen . . . bisher festgehaltenen Grundsätzen." Richtig dagegen Hälschner, Gem. Deutsches Strafr. 1, 264; v. Weinrich, Zeitschr. f. d. ges. StrRW. 17, 805; Kohlrausch S. 171. Von einem Beweise dieses angeblichen Sprachgebrauchs als eines in der Literatur, Rechtsprechung und in der Volksüberzeugung vor Erlaß des StGB. feststehenden ist nirgends die Rede.

Ebensowenig wie die Frage nach der strafrechtlichen Natur des Rechtsirrtums führt die Frage, ob der Irrtum das Verbotensein (oder die Strafbarkeit) der Tat oder aber Tatumstände betraf, zu haltbaren Ausscheidungen.

Denn die Gründe, weshalb jemand seine Handlung nicht für verboten hielt, können rein tatsächlicher Natur sein, oder auf falscher Vorstellung von einem Rechtsbegriff oder Rechtssatze beruhen, auf Grund deren in den Augen des Gesetzes der von ihm vorausgesetzte Angriff auf sein Schutzobjekt entfällt. Z. B. jemand hält sein Tun nicht für strafbar, weil er nicht weiß, daß die weggenommene Sache ihm nicht gehört. Dagegen wird die richtige Unterscheidung in den meisten Fällen getroffen durch die Frage: Betraf der Irrtum nur das Verbotensein? d. h.: „Wußte der Täter alle

übrigen Merkmale des Tatbestandes, so wie der Gesetzgeber ihr Wissen voraussetzt, mit Ausnahme des Merkmals, daß er dieses Tun verbietet. Es muß jedoch im Auge behalten werden, daß der Gesetzgeber zum Vorsatz ausnahmsweise auch die Kenntnis des Nichtdürfens verlangt, daß also in diesen Ausnahmsfällen auch im geltenden Rechte der Irrtum über das Verbotensein relevant ist. Vgl. z. B. § 345, 346 StGB.

III.

Anwendung des eingenommenen Standpunkts unter Vergleichung mit der Praxis.

Unter der einstweiligen Voraussetzung, daß der Gesetzgeber in der Tat dieses Prinzip der Ausscheidung gewollt hat, soll im folgenden dargetan werden, daß die große Menge der oberstrichterlichen Erkenntnisse im Ergebnis zu gleichen Entscheidungen kommt. Alsdann besteht der Hauptgewinn, falls sich auch die Richtigkeit der These nachweisen läßt, darin, daß die Praxis ohne große Umwälzung hinsichtlich der bisher von ihr angenommenen Rechtslage eine haltbarere Unterlage für ihre Entscheidungsergebnisse bekommt, als die bisherige Begründung sie zu gewähren vermag. Es soll also angenommen werden, daß überall da der Rechtsirrtum auch nach dem Willen des Gesetzes die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Handelns ausschließt, wo man irgendwie nachweisen kann, daß der Schuldinhalt bei einer begangenen Tat infolge des Rechtsirrtums nicht mehr den vorsätzlichen Angriff auf dasjenige rechtliche Schutzobjekt umfaßt, welches der Gesetzgeber durch die konkrete Strafdrohung schützen wollte.

1. Manchmal läßt sich dieser Nachweis führen aus der herkömmlichen Bedeutung des Deliktsbegriffs, den der Gesetzgeber seinem Tatbestand gibt; z. B. wer die Zollpflichtigkeit der eingeführten Ware nicht kennt, unterfällt nicht dem Begriff der Defraudation, soweit nicht etwa eine Präsumtion ausdrücklich das Gegenteil verlangt. Das Gleiche gilt vom Begriff des Diebstahls, der Unterschlagung, der Beugung des Rechts.

2. Manchmal ergibt sich der Nachweis aus der Verschärfung der Strafdrohung, welche im Zweifel auf das Vorliegen auch einer höheren Schuld zu deuten ist, wobei dann möglicherweise die höhere Schuld nur gefunden werden kann in der Erkenntnis (bezw. bei fahrlässigen Verbrechen in der schuldhaften Nichtkenntnis) eines bestimmten im Tatbestand bezeichneten Rechtsverhältnisses. Dies trifft zu bei den relativen Beamtendelikten hinsichtlich der Beamteneigen-

schaft, bei der Beleidigung fürstlicher Personen hinsichtlich dieser das Delikt qualifizierenden Eigenschaft.

3. Vielfach ergibt sich der Nachweis aus der Natur eines vom Täter nicht gekannten Begriffsmerkmals des gesetzlichen Tatbestandes (oder eines Unrechtausschließungsgrundes). Bezeichnet dasselbe ein erst durch das Recht geschaffenes Objekt von Schutzvorschriften (ein rechtliches Gebilde, d. h. einen aufrecht zu erhaltenden Rechtszustand, insbesondere ein Rechtsverhältnis, oder einen Rechtsvorgang), welches durch die konkrete Strafdrohung intakt erhalten, d. h. geschützt werden soll, so fehlt es an der vom Rechte vorausgesetzten Angriffsrichtung, wenn dieses rechtliche Gebilde vom Täter gar nicht gekannt war. Denn ein rechtliches Gebilde kann vorsätzlich nur angegriffen werden, wenn man weiß, daß man es mit einem solchen in concreto zu tun hat. Es fehlt also an derjenigen Schuld, welche für den Gesetzgeber den Anlaß zur Strafdrohung gibt. Wer daher nicht weiß, daß ein Patent für einen Gegenstand bestimmter Art erlangt ist, daß ein bestimmter Gegenstand beschlagnahmt ist, kann nicht vorsätzlicher Patentverletzung bezw. vorsätzlichen Arrestbruchs schuldig sein, ebenso wie jemand, der seine Eigenschaft als Beamter oder Kaufmann nicht kennt, den bei Strafe zu erfüllenden Verpflichtungen aus einem solchen Rechtsverhältnis nie vorsätzlich zuwiderhandeln kann. Ohne von einer Zwangsvollstreckungsmöglichkeit ihrer begrifflichen Bedeutung nach zu wissen, kann nicht vorsätzlich gegen die Norm des § 288 gehandelt werden.[1])

Wenn jemand den Rechtszustand seinen Wirkungen nach kennt, braucht er dessen Namen indessen nicht zu kennen. Wer weiß, daß die Sache von Obrigkeitswegen verstrickt ist, braucht nicht zu wissen, daß dies Beschlagnahme heißt.

Umgekehrt wird bei Kenntnis des Infragekommens eines Rechtszustandes bei der Tat der Nachweis nicht zu erbringen sein, daß auch die Pflichten, welche das Bestehen eines Rechtszustandes mit sich bringt, vom Täter gewußt sein müssen, um ihn vorsätzlichen Handelns schuldig zu sprechen. Wenn z. B. der Täter weiß, an

---

[1]) Wer nicht weiß, daß die Handlung mit Strafe bedroht ist, deren er einen Privatmann bezichtigt, kennt dessen strafrechtliche Intaktheit nicht und damit auch nicht die Grundlosigkeit des Rechtsverhältnisses, d. h. der Beziehungen, welche zwischen der Staatsgewalt und dem Verbrecher durch die Tat geknüpft werden. Dieses Rechtsverhältnis mit seinen rechtlichen Folgen will der § 164 vor mißbräuchlicher Behauptung schützen. Es ist dies ein zweifelloser Fall relevanten Rechtsirrtums, obwohl der Irrtum ebenso zweifellos hier das Strafrecht betrifft.



einem bestimmten Gegenstand hat der N. N. ein Urheberrecht, aber nicht weiß, daß dieses Urheberrecht auch die Verpflichtung anderer umfaßt, sich der öffentlichen Aufführung des geschützten Werkes zu enthalten, so wird diese Unkenntnis nach dem Willen des Gesetzes nicht ebenso zu behandeln sein, als wenn er das an dem Werke bestehende Urheberrecht überhaupt nicht gekannt hätte. Ebenso steht es mit der Unkenntnis einer einzelnen rechtlichen Wirkung der gekannten Beschlagnahme; oder mit der Unkenntnis eines Kaufmanns, der diese seine Eigenschaft kennt, über seine handelsrechtlichen Pflichten.

Diese Erscheinung erklärt sich daraus, daß bei zahlreichen Rechtsbegriffen eine Erkenntnis des rechtlichen Gegebenseins, d. h. der Anwendbarkeit eines Begriffs bei irgend einem Tun denkbar ist ohne gleichzeitige Kenntnis aller der Pflichten, welche das Gegebensein eines Begriffs, d. h. die Subsumtion einer Tatsache unter den Begriff mit sich bringt. Jemand kann wissen, daß er Kaufmann ist, aber dabei vielleicht nur seine Rechte, nicht auch alle seine Pflichten kennen; jemand kann wissen, daß ein anderer ein Patent an einem Gegenstand erworben hat und infolge dessen das ausschließliche Recht der gewerblichen Herstellung des Gegenstandes besitzt, aber in Unkenntnis darüber sein, daß daraus für dritte Personen auch die Pflicht entspringt, sich des gewerbsmäßigen Gebrauchs eines solchen Gegenstandes zu enthalten. Wenn der Gesetzgeber nun im allgemeinen die bloße Unkenntnis der Norm nicht schon eo ipso als schuldändernd erachtet, so gilt dies auch von denjenigen Normen, welche außerhalb des Strafgesetzes zur Kodifikation gelangt sind. Weiß jemand also, daß er eine in Beschlag genommene Sache beiseite schafft, daß er einen patentierten Gegenstand gewerbsmäßig gebraucht, daß er ein Werk, woran ein anderer das Urheberrecht besitzt, aufführt, so irrt er nur mehr darüber, daß das Recht ihm dies verbietet. Er nimmt an, aus einer bestimmten gekannten Sachlage folge für ihn nicht die rechtliche Pflicht, sein Tun zu unterlassen. Ebenso wenig wie eine korrekte Definition alle einzelnen Wirkungen des beschriebenen Begriffs aufzuzählen hat, ist zur begrifflichen Erkenntnis eines Merkmals notwendig, daß gerade die für den Täter in Frage kommende Pflicht, welche aus dem Gegebensein eines Begriffs entspringt, miterkannt worden ist. Vielmehr ist es ausreichend, wenn irgend eine typische Eigenschaft des Begriffs gekannt war, wodurch er sich von anderen Begriffen unterscheidet, welche das Strafgesetz nicht als gleichwertig behandelt. Eine andere Frage ist natürlich, ob auch

de lege ferenda eine Ausscheidung anzustreben ist zwischen der Kenntnis des Vorliegens eines Begriffsmerkmals und der Kenntnis der aus dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale sich ergebenden Pflichten. Eine andere Frage ist auch, ob nicht bereits das positive Recht in einzelnen (unter 5 zu besprechenden) Fällen sich nicht mit der Kenntnis des Gegebenseins eines Begriffs begnügt, sondern des weiteren gerade die Kenntnis der aus solchen Begriffen entspringenden Pflichten verlangt, wo ihm als Objekt seiner Schutzvorschrift gerade die Aufrechterhaltung einer Pflichterfüllung, d. h. als Schuld nur die Nichtbeobachtung einer auferlegten Gehorsamspflicht erscheint.

4. Verschiedene Rechtsbegriffe haben nicht überall im Reiche den gleichen Umfang, z. B. der Begriff der Jagdbarkeit eines Tieres, der Begriff des Beamten im Sinne des § 359, der Begriff der Zuständigkeit zur Erteilung einer Erlaubnis, welche, von zuständiger Seite erteilt, in der Tat die Handlung zu einer rechtmäßigen macht (z. B. bei der Veranstaltung öffentlicher Lotterien.[1]) Auch ohne Rücksicht darauf, ob ein solcher Begriff gerade ein rechtliches Gebilde (insbes. ein Rechtsverhältnis) bezeichnet, zu dessen Schutz als rechtlicher Institution das Strafgesetz dienen will, wird man aus dem örtlich wechselnden Begriffsinhalt und aus der Schwierigkeit der Erkenntnis, ob dieses begriffliche Erfordernis des Tatbestandes gegeben ist, in der Regel ein Argument dafür entnehmen können, daß der Gesetzgeber bei irrtümlicher Nichtannahme seines Gegebenseins die Schuld an der Herstellung des Tatbestandes für wesentlich gemindert ansieht. Wo das Bestehen eines Rechtsverhältnisses (z. B. die Zuständigkeit zur Erteilung einer Erlaubnis) von entscheidendem Einfluß für das Gegebensein einer die Interessen des Täters betreffenden Pflicht ist, erhöht es auch für den Gesetzgeber die Entschuldbarkeit eines Irrtums über das Bestehen des Rechtsverhältnisses, wenn dessen Voraussetzungen partikulär verschieden geregelt sind. Es ist unwahrscheinlich, daß in solchem Falle ein vorsätzlicher Angriff gegen das Objekt des rechtlichen Schutzes schon dann angenommen werden soll, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für das Gegebensein des Rechtsverhältnisses (der Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften)

[1]) Daß das Merkmal der Zuständigkeit der erlaubniserteilenden Behörde manchmal, z. B. in § 286, nicht ausdrücklich im Tatbestand genannt ist, ändert daran nichts, daß der Gesetzgeber es gleichwohl vorausgesetzt haben kann. Wo dies der Fall ist, muß es selbstverständlich wie ein ausdrücklich genanntes Begriffsmerkmal behandelt werden.



gekannt sind, da ja erst das Rechtsverhältnis die Richtschnur für den Täter abgeben soll, wie weit seine speziellen Pflichten gehen.

5. Ausnahmsweise müssen auch die befehlenden Vorschriften oder auch sogar ihr befehlender Inhalt vom Täter gekannt sein.

a) Dies ist überall da der Fall, wo der Gesetzgeber ausdrücklich nur das Handeln bei Bekanntschaft mit einer Vorschrift oder bei Bekanntschaft mit einem Verbot bedroht. Das Schutzobjekt ist hier nur bei der Kenntnis der Vorschrift vorsätzlich angegriffen. Hiermit wird das gekannte Recht oder sogar die Kenntnis einer Norm als Schuldelement direkt bezeichnet.

b) Nur die Kenntnis der Pflicht kann ferner den Schuldinhalt vorsätzlichen Handelns in denjenigen Fällen begründen, in welchen ein für die Regel erlaubtes Tun ausnahmsweise verboten ist, ohne daß diese Ausnahme bei Anwendung aller im Verkehr billigerweise zu erwartenden Sorgfalt zu erkennen wäre, z. B. ein fremder Radfahrer durchfährt zu verbotener Stunde eine bestimmte Straße, ohne das Verbot zu kennen, etwa weil der Anschlag versehentlich entfernt wurde; ein süddeutscher Rechtsanwalt sendet eine Vollmacht nach Mecklenburg, ohne sie mit dem dort vorgeschriebenen Stempel versehen zu haben; ein Reiter kommt durch einen Ort, der wegen ausgebrochener Viehseuche für Pferde abgesperrt ist, ohne von dem auf seinem Wege nicht angeschlagenen Verbote zu wissen. Da man sich bei derartigen Verboten keinen anderen vernünftigen Strafgrund denken kann, als die Zuwiderhandlung gegen die gekannte oder fahrlässig nicht gekannte Pflicht, wird anzunehmen sein, daß hier das Gesetz die Pflichtkenntnis zum wesentlichen Schuldelement erhoben hat. Für solche Fälle gehört also im Zweifel zu vorsätzlichem Handeln im Sinne des Gesetzes Pflichtkenntnis, zu fahrlässigem schuldhafte Pflichtunkenntnis.

c) Auch die Verletzung einer Amtspflicht muß bei den vorsätzlichen Delikten im Amte vom Vorsatze (bezw. bei den fahrlässigen Delikten im Amte von der Fahrlässigkeit) ergriffen sein. Dies Erfordernis der Amtsdelikte rechtfertigt sich aus folgenden Gründen. Die Dienstesinstruktionen können ein bestimmtes für die Regel bei Strafe verbotenes Handeln dem Beamten erlauben oder sogar zur Pflicht machen. Sie schaffen dann Unrechtausschließungsgründe, z. B. kann die Vernichtung von Urkunden, die Vornahme von Verhaftungen, das zwangsweise Eintreten in eine fremde Wohnung, die Vollstreckung einer Strafe in bestimmter Form, die Begehung von Körperverletzungen (für Lehrer), die Mitteilung von amtlich anver-

trauten Schriftstücken, die Eröffnung von Postsendungen direkt eine Amtspflicht werden. Die Annahme von Geschenken für Amtshandlungen kann erlaubt sein, z. B. den Aufsehern in einer öffentlichen Sammlung kann der Empfang von Trinkgeldern gestattet, ja als Nebenverdienst angesetzt sein. Würde das Gesetz gewollt haben, daß ein vorsätzliches Amtsdelikt bereits anzunehmen sei bei Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Tatbestandes trotz irriger Annahme, zu dem konkreten Tun verpflichtet zu sein, so würden die Beamten leicht in ein schwieriges Dilemma geraten. Der Dienstbefehl, welcher angibt, ob das Eine getan werden soll oder sein genaues Gegenteil, kann schwer verständlich ausgedrückt oder in einer alten vergessenen Ministerialentschließung niedergelegt sein. Ergibt sich bei einem gekannten Dienstbefehl, daß der Strafrichter zu einer anderen Auslegung desselben kommt als der Beamte, welcher vielleicht bei einem eilige Entschließung heischenden Fall ihn beim besten Willen nicht so schnell richtig verstehen konnte, so ist der Beamte gleichwohl eines vorsätzlichen Amtsdelikts schuldig, wenn sein Tun den objektiven Tatbestand eines solchen erfüllt. Ja, er kann sich geradezu zwischen Scylla und Charybdis befinden. Seine Lage ist dabei auch rechtlich nicht ganz die gleiche wie die eines Privatmannes, welcher ein allgemeines Gesetz nicht kennt. Denn es handelt sich bei dem Beamten nicht bloß um Beobachtung allgemeiner Rechtssätze, sondern zugleich um die Beobachtung von Dienstanweisungen, welche meist nicht in der Gestalt eines formellen Gesetzes erlassen sind, ja auch als spezielle Befehle eines Vorgesetzten wirksam sein können. Berücksichtigt man das unerträgliche Dilemma, in welches Beamte kommen können, wenn sie eine Dienstanweisung nicht richtig verstehen, so wird man annehmen müssen, daß die Delikte im Amte den Beamtenstand nicht in eine so drückende Lage hinsichtlich der Dienstanweisungen bringen wollten, zumal da bei diesen nicht die gleiche Kenntnis dessen, was im Einzelfall gut oder böse sein soll, vorausgesetzt werden kann, wie wenigstens in der Regel bei allgemeinen Rechtssätzen. Demnach wird man das durch die Strafe geschützte Objekt nicht schon in der Verhütung eines objektiv gegebenen Mißbrauchs der Amtsgewalt erblicken. Zum Schutze des letzteren Rechtsgutes dienen vielmehr vornehmlich die teilweise mit Suspensiveffekt ausgestatteten Rechtsmittel. Sondern man wird in der Strafdrohung für vorsätzliche Begehung eines Deliktes im Amte den Schutz der inneren Intaktheit des Beamtenstandes zu sehen haben, wie sie der Gesetzgeber von seinen Beamten erwarten

muß. Diese Intaktheit ist aber vorsätzlich weder angegriffen noch geschädigt, wenn der Täter eine rechtswidrige Handlung vorsätzlich als Handlung im Amte oder in Veranlassung der Ausübung des Amtes vorgenommen hat, ohne anders zu wissen, als daß er hierzu durch sein Amt berechtigt oder gar verpflichtet sei.[1]) Seine Handlung kann aber, wenn dieser Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht, immer noch als fahrlässiges Amtsdelikt oder als fahrlässiges gemeines Delikt unter Strafe stehen. Auch bezieht sich das Gesagte nicht auf die Existenz der allgemeinen Amtspflichten, welche für jeden Beamten gelten, wohl aber wiederum auf deren konkreten Umfang.

Auf Grund der Erörterungen unter 1—5 ist zunächst im Zusammenhang der Fall zu besprechen, inwieweit der Rechtsirrtum über den Inhalt von Blanketts bei Blankettstrafgesetzen als relevant zu erachten ist. Der Fall bildet keine theoretische Besonderheit, sondern weist nur die praktische Schwierigkeit auf, daß man es dem Blankettstrafgesetz, isoliert betrachtet, manchmal nicht ansehen kann, ob das Gesetz nach seiner Formulierung den Vorsatz ausdrücklich oder stillschweigend auch auf das Vorhandensein der komplementären Bestimmungen erstrecken wollte. Da die Kenntnis des strafgesetzlichen Tatbestandes oder des Verbots nur ausnahmsweise ein Erfordernis des Vorsatzes im geltenden Rechte bildet, wird man im Zweifel sich gegen eine extensive Auslegung der Doluserfordernisse erklären müssen, sofern nicht ein Fall wie die unter 5b und c bezeichneten gegeben ist und das Erfordernis auch nicht unmittelbar aus dem Tatbestande erhellt.

α) Enthält ein Strafgesetz die Voraussetzung, daß der Täter einem obrigkeitlichen Befehle vorsätzlich ungehorsam sei, z. B. durch den Ausdruck: wer Verordnungen wissentlich zuwiderhandelt, oder: wer gewisse Verbote vorsätzlich (oder wissentlich) verletzt, so ist die Kenntnis der befehlenden Vorschrift ein begriffswesentliches Merkmal für die Erfüllung des Tatbestandes geworden. So in den Fällen der §§ 327, 328 StGB.[2]); Gl. M.: E. 6, 159; 23, 107. *β*) Das Gleiche gilt im Zweifel für alle gesetzlichen Vorschriften, welche ein Zuwider-

[1]) Dieser Gesichtspunkt wird insbesondere bei der abweichenden Ansicht von Miřička, Formen der Strafschuld S. 133 übersehen.

[2]) Eine andere Frage ist, ob auch die irrige Auslegung des Befehls, dessen Kenntnis erforderlich ist, entschuldigt. Nach der Tendenz des StGB. und der Fassung „wer wissentlich“ in den §§ 327, 328 wird man sich mit E. 32, 414 gegen diese ausdehnende Auslegung de lege lata entscheiden müssen. A. M.: Kohlrausch S. 157 N. 1.



handeln gegen polizeiliche Vorschriften der unteren oder mittleren Verwaltungsbehörden bedrohen. Denn ohne besondere Kenntnisgabe werden derartige lokal verschiedene Ausnahmen von einem bestimmten in der Regel erlaubten Tun oder Lassen nicht einmal die Konstruktion einer Fahrlässigkeit zulassen. In solchem Falle wird dann das Verbotensein zu einem Merkmale, dessen Unkenntnis den nach dem Gesetze zu fordernden Dolusinhalt ausschließt. Soweit Fahrlässigkeit mit bedroht ist, muß die Rechtsunkenntnis aber auch daraufhin noch geprüft werden. In Übereinstimmung mit dem Gesagten hat das Oberlandesgericht München angenommen, die Zuwiderhandlung gegen § 361 Ziff. 6 StGB. setze Kenntnis des darin bezeichneten polizeilichen Verbotes voraus (Sammlung Bd. 6 S. 338); die Übertretung von Anordnungen hinsichtlich der Anmeldung von Pferden zur Vormusterung (§ 27 des Ges. vom 13. Juni 1873) erheische Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Verordnungen (Sammlung Bd. 7 S. 334); die fahrlässige Übertretung von Polizeiverordnungen, welche wegen Viehseuchengefahr erlassen sind (§ 66 Ziff. 4 des Viehseuchengesetzes in der Fassung vom 1. Mai 1894) setze fahrlässige Unkenntnis dieser Vorschrift voraus (Sammlung Bd. 10 S. 4). γ) Anders steht es mit Verordnungen, die von der Zentralstelle für den ganzen Einzelstaat erlassen werden und mit solchen lokalen Vorschriften, welche sich hauptsächlich an Personen wenden, die auf Grund ihres Wohnsitzes oder eines besonderen Gewerbes unter Anwendung der im Verkehr zu erwartenden Sorgfalt Kenntnis verschaffen können. Hier ist es denkbar, daß der Gesetzgeber die Wirksamkeit der Strafsatzung unabhängig gestellt wissen wollte, von dem Nachweis eines Kennens oder Kennenmüssens der den Tatbestand gebenden Polizeivorschriften. Da er ja im Prinzip Gesetzes- oder Normenunkenntnis nicht gelten läßt, werden die Ausnahmen so eng als möglich zu ziehen sein. In den letztangeführten Fällen kann man aber sagen: Durch die Ansässigkeit in einer Stadt, oder durch einen bestimmten Gewerbebetrieb, sowie dadurch, daß die Vorschrift ein ganzes Staatsgebiet ergreift, verliert der sonst zu Gunsten des Zuwiderhandelnden sprechende Grund, daß es sich um ein nur ausnahmsweise verbotenes Tun handelt, an Bedeutung. Denn für einen Stadtbewohner bringt seine Stadt mit ihren Einrichtungen nicht nur ausnahmsweise Rechtsbeziehungen. Und ebenso hat trotz der zahlenmäßig so gewaltig verschiedenen Größe der Einzelstaaten für das Bundesrecht die für einen ganzen Einzelstaat erlassene Vorschrift eine generelle Bedeutung (d. h. sie kann eher als erkennbar vorausgesetzt werden und trägt

weniger den Charakter des lokalen Ausnahmezustands an sich, als eine Vorschrift, die nur für Teile eines Einzelstaates erlassen ist. Für das Recht sind die einzelstaatlichen Verordnungen hinsichtlich ihrer Bedeutung also gleich zu behandeln. Auch wenn man die Ausscheidung zwischen außerstrafrechtlichem und strafrechtlichen Irrtum verwerfen muß, kann man auf Grund vorstehender Erwägungen dem übereinstimmenden Ergebnis verschiedener oberstrichterlicher Erkenntnisse beitreten, während man außerdem unlösbare Widersprüche mit den auf S. 40 mitgeteilten Entscheidungen annehmen muß. In verschiedenen Entscheidungen wurde der Irrtum über das Vorhandensein und die Tragweite der von der Zentralbehörde erlassenen Vorschriften zu § 2 des Sprengstoffgesetzes für irrelevant zur Ausschließung der Strafe des § 9 II des zit. Gesetzes erklärt: E. 12, 398; Reichsger.E. vom 8. Dezember 1885 bei Reger Bd. 6, 445; Reichsger.E. vom 16. Januar 1891 bei Reger 11, 239. Ebenso entschied Oberl.G. München am 10. Mai 1894 bei Reger Bd. 15, 113, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit sei nicht erforderlich zu einer vorsätzlichen gewerbepolizeilichen Übertretung der Bestimmungen über Sonntagsruhe (§ 146a der Gew.Ordn.), ferner Oberl.G. München (Samml. Bd. 5 S. 90): „Irrtum über straßenpolizeiliche Verpflichtungen der Hausbesitzer schließt die Anwendbarkeit des § 366 Ziff. 10 StGB. nicht aus, selbst wenn Angeklagter die fragliche Unterlassung in gutem Glauben (d. h. wohl ohne Fahrlässigkeit) begangen hat."[1]) δ) Auch da, wo nach dem Tatbestand (vgl. oben unter α) ausdrücklich oder stillschweigend ein vorsätzliches Übertreten anderwärts gegebener Bestimmungen zu fordern ist (vgl. z. B. § 145 StGB.; § 19 des Preßgesetzes, § 45 des Gesetzes über das Auswanderungswesen), kann das möglicherweise schon durch vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen den Inhalt jener Bestimmungen geschehen. Man wird dies, da ja die bloße Unkenntnis des Verbotenseins durch ein Gesetz in der Regel nicht entschuldigt, stets dann anzunehmen haben, wenn die Norm von der Zentralstelle des Reiches oder eines Einzelstaates ausging, es müßte denn das Erfordernis der Kenntnis der Vorschrift durch einen Ausdruck wie „wissentlich", oder „wider besseres Wissen" außer Zweifel gesetzt sein. Ist dies nicht der Fall, so hat man mit dem betreffenden Blankettstrafgesetz nur die Wiederholung eines anderwärts gegebenen

[1]) Die Begründung ist freilich sehr eigenartig: „Da jener Paragraph sich nicht gegen Rechtsverletzungen, sondern gegen Rechtsgefährdungen richtet und daher seine Anwendbarkeit durch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seitens des Handelnden nicht bedingt ist."

Tatbestandes **sparen**, nicht aber die Kenntnis der anderwärts gegebenen Vorschriften oder gar die richtige Erkenntnis ihrer Normen als neues weiteres Doluserfordernis einführen wollen. Es ist also z. B. im Falle des § 145 der Tatbestand so zu verstehen: Wenn kaiserliche Verordnungen erlassen sind, wird derjenige, welcher vorsätzlich ihren Tatbestand erfüllt, so und so gestraft. Die Verweisung des § 19 des Preßgesetzes hat in gleicher Weise nur die Bedeutung, daß die umständliche Wiederholung der anderwärts gegebenen Verbote vermieden werden wollte. Der Irrtum über dieselben ist, da sie in einem Gesetze enthalten sind, nicht geeignet, den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit auszuschließen; Gl. M.: E. 28, 399 (mit der Begründung, der Irrtum betreffe das Strafgesetz). ε) Ein stillschweigendes Blankett liegt endlich vor bei manchen Strafbestimmungen gegen Beamte. Wenn hier die Strafe geknüpft ist an die Voraussetzung, daß der Beamte gehandelt habe, ohne hierzu berechtigt zu sein, so kann damit auf die Dienstesinstruktion (gleichviel, ob sie speziell oder generell erlassen ist, ob sie in einem formellen Gesetze oder einer formellen Verordnung besteht) verwiesen sein. Nach dem unter 5c oben Erörterten gehört hier zum Vorsatz auch das Bewußtsein des Widerspruchs mit den Dienstpflichten, also des Widerspruchs zur Dienstesinstruktion, Gl. M. im Ergebnis: E. 8, 104; 27, 401; 30, 135. R. 8, 446 dehnt, meines Erachtens wohl zu weit gehend, die Relevanz des Irrtums über Berufspflichten, welche durch eine Vorschrift der Zentralbehörde begründet wurden, auch auf Apotheker aus. Denn beim Apotheker liegt der Fall wie bei Gewerbetreibenden, welche ihre Berufspflichten verletzen: bei ihnen besteht das Deliktische nach dem geltenden Rechte nicht in der Verletzung der Intaktheit eines bestimmten Standes. —

Nach der im Zusammenhang gegebenen Darstellung des Einflusses, den der Rechtsirrtum bei Blankettstrafbestimmungen hat, soll im folgenden für die übrigen Fälle an der Hand der prinzipiell wichtigeren Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsmilitärgerichts gezeigt werden, daß das Ergebnis derselben sich in der großen Mehrzahl der Fälle mit der hier vertretenen Ansicht von dem Einfluß des Rechtsirrtums deckt. Darnach kommt es also bei jedem einzelnen Delikt darauf an, ob mit dem Vorliegen eines bestimmten Rechtsirrtums diejenige Schuld bestehen bleibt, welche das Gesetz erkennbar mit der konkreten Strafdrohung treffen wollte, ob mit anderen Worten der strafrechtliche Schutz nur einem vom Täter **gekannten** Rechtsverhältnis i. w. S. (d. h. einer erst vom Gesetze

geschaffenen rechtserheblichen Tatsache, wie beispielsweise der durch das Beamtenverhältnis geschaffenen Pflicht zu bestimmten Verhalten, dem entstandenen Patentrecht, der Eigenschaft als Bundesfürst) gelten soll. Die Gründe, aus denen ein solcher Wille des Gesetzes zu schließen ist, wurden oben unter 1—5 erörtert (vorbehaltlich der nachzubringenden Untersuchung, ob auch historisch diese Auffassung als die des geltenden Bechts haltbar ist). Unter die fünf Gründe sind nunmehr die einzelnen Entscheidungen einzureihen.

Verdienstliche Zusammenstellungen der reichsgerichtlichen Judikatur unter anderen Gesichtspunkten finden sich bei v. Bülow, Goltd. Arch. Bd. 45, 321 f.; Kahn S. 34 f.; Kohlrausch S. 120—170; Olshausen, StGB. § 59 N. 2 u. 31. Die kritische Würdigung der Entscheidungen ist dabei vielfach eine abweichende.

Zu 1. Irrige Annahme, für eine bestimmte Postsendung bestehe keine Portopflicht, hebt die Möglichkeit auf, den Täter wegen Defraudation zu strafen, E. 31, 344.[1]) Analoges gilt für die Defraudationsstrafe wegen Übertretung österreich-ungarischer Zollgesetze. R. 10, 12.

Irrige Annahme, das Recht gestatte unter bestimmten Voraussetzungen jedermann die Zueignung fremden Geldes, schließt den Diebstahlsvorsatz (und Raubvorsatz) aus. Dieser muß sich also nicht nur auf die tatsächlichen, sondern auch auf die rechtlichen Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit erstrecken. E. 2, 184.

Irrige Annahme, zur Unterzeichnung einer Urkunde mit dem Namen eines anderen nach der Rechtsordnung berechtigt zu sein, schließt die zur Urkundenfälschung erforderliche rechtswidrige Absicht aus. Es genügt also hierzu nicht die Kenntnis der sämtlichen Tatsachen, welche erweisen, daß die Absicht objektiv rechtswidrig ist. E. 23, 180.

Zur Bestrafung als „Hehler“ im Falle des § 259 StGB. ist erforderlich, daß das Wissen oder Annehmenmüssen dessen, der eine Sache an sich bringt, sich auf die Rechtswirkung der Strafbarkeit der Handlung mit erstreckt, durch welche der Veräußerer sie erwarb. Es ist nicht ausreichend, ja nicht einmal erforderlich, daß die

---

[1]) Da § 27 des Postgesetzes die bedrohte Handlung als Defraudation bezeichnet, ist der Schluß geboten, daß die Portopflichtigkeit vom Täter gekannt sein muß, wenn man ihn der Defraudation schuldig sprechen will. Das Reichsgericht basiert seine richtige Entscheidung auf die angeblich außerstrafrechtliche Natur des Irrtums. Es leuchtet aber nicht ein, warum gerade diese Vorschriften außerstrafrechtlich sein sollen, nicht dagegen z. B. die über Sonntagsruhe, über die Tragweite eines Patentrechts.



Tatsachen, welche die Strafbarkeit begründen, gewußt waren, R. 1, 537; 3, 589.

Zu 2. Irrige Annahme, ein bestimmter Rechtsakt habe die Ausscheidung des Beleidigten aus einem landesherrlichen Hause bewirkt, schließt die vorsätzliche qualifizierte Beleidigung aus, E. 22, 141 (48).

Irrige Annahme, eine bestimmte Amtshandlung sei nicht pflichtwidrig, hebt die Möglichkeit auf, den die Handlung anbietenden Beamten wegen qualifizierter Bestechung nach § 332 zu strafen, R. 5, 670 (73).

Irrige Annahme, die vorsätzlich gefertigte Urkunde sei rechtlich nicht als öffentliche[1]) zu erachten, ist relevant, E. 25, 69 (72). Darnach kann bei fälschlicher Anfertigung u. s. w. nur der Tatbestand einer einfachen Urkundenfälschung angenommen werden.

Zu 3. Irrige Annahme des Täters, der Invalidenversicherungspflicht nicht zu unterliegen, beseitigt die Möglichkeit, ihn wegen anderweitiger Verwendung der von ihm in seine Karte eingeklebten Marken nach § 187 II des I.V.G. zu strafen, da der Vorsatz der Wiederverwendung sich darauf zu erstrecken hat, ob bereits früher die Merkmale einer Verwendung im Rechtssinn vorgelegen hatten, RG. in Goltd. Arch. 50, 117.

Auf Rechtsirrtum beruhende Annahme, ein Patentrecht sei an einem Gegenstand bestimmter Art nicht zur Entstehung gelangt, etwa weil er als wesentlich abweichend zu erachten sei von dem geschützten Original, ist relevant, E. 10, 349; R. 4, 490.[2])

Irrige Annahme, mit dem gekannten Bestehen eines Patentrechtes an irgend einem Gegenstand seien bestimmte Rechtswirkungen, z. B. das Verbot des gewerblichen Feilhaltens, nicht verknüpft (Irrtum über die Tragweite eines bestehenden Patentrechts), ist irrelevant, E. 10, 349; 21, 205 (08); RG. in Goltd. Bd. 49, 139.

Irrige Annahme, an einem bestimmten Gegenstand sei ein Pfandrecht (bezw. eine Beschlagnahme) nicht entstanden oder erloschen, ist relevant, auch wenn sie auf Rechtsauslegung beruht, E. 1, 272; 1, 368; E. 26, 308.[3])

---

[1]) „zum Beweis für und gegen jedermann dienend". Vgl. über das Ungenügende dieser Erklärung Binding, Lehrb. II 1 S. 180 und 186.

[2]) Auffallenderweise soll beim Patentrecht nach E. 6, 224; 30, 187 die rechtsirrige Annahme, ein konkretes Patent sei erloschen oder von vorneherein nichtig, irrelevant sein.

[3]) Das Reichsgericht hat also hier mit Recht die beim Patentrecht in mehreren Entscheidungen noch festgehaltene Ansicht verlassen, daß die rechtsirrige Annahme

Irrige Annahme, die rechtliche Wirkung der Beschlagnahme eines als beschlagnahmt gekannten Objektes stünde dem Handeln des Täters nicht entgegen, ist irrelevant, E. 1, 272; 25, 108[1]); 26, 308.

Rechtsirrige Annahme, eine frühere Ehe bestehe nicht mehr, ist relevant, E. 9, 84.

Irrige Annahme, eine Eheschließung habe die rechtliche Wirkung, daß der als verboten bekannte Beischlaf zwischen Verschwägerten in gerader Linie nunmehr erlaubt sei, ist irrelevant, E. 5, 159.

Irrige Annahme, die Schwägerschaft endige mit der sie begründenden Ehe, ist irrelevant, E. 34, 418.

Irrige Annahme, es sei keine Entziehung aus der angeordneten Fürsorgeentziehung (§ 21 des preuß. Fürsorgeerziehungsgesetzes vom 2. Juli 1900), wenn man gegenüber der Anordnung des Vormundschaftsgerichts auf vorläufige Unterbringung des Kindes dieses fortschafft und der Behörde den Aufenthaltsort verheimlicht, ist irrelevant, RG. in Goltd. Arch. Bd. 49, 123.

Irrige Annahme über die Tragweite des mit einem gekannten fremden Warenzeichen verbundenen Rechtes der Warenzeicheninhaber ist irrelevant, E. 11, 90 (94); RG. in Goltd. Arch. Bd. 50, 133.

Unkenntnis einer konkursrechtlichen Befugnis auf Wiedererlangung früherer Handelsbücher schließt vorsätzliche Unordentlichkeit der Bücherführung (Konk.Ordn. § 240 Ziff. 3) aus, wenn diese auf der Nichtberücksichtigung früherer bei Gericht befindlicher Handelsbücher beruht, RG. in Goltd. Arch. Bd. 47, 171. Vorsätzliche Unordentlichkeit setzt also Kenntnis der Möglichkeiten voraus, durch welche eine Ordnung zu bewerkstelligen ist.

Irrige Annahme, die vorsätzlich beurkundete unwahre Tatsache sei keine solche, deren Beurkundung dem Rechte erheblich ist, schließt den Vorsatz aus, daß eine rechtserhebliche Tatsache falsch beurkundet werde, § 348 (271); E. 6, 361 (66); 11, 77 (81); 12, 297; 20, 235.

Irrelevant ist dagegen die irrige Annahme, eine Tatsache, deren Beurkundung das Recht, wie dem Täter bekannt, vorschreibt,[2]) sei

---

des Erloschenseins des entgegenstehenden Rechtes irrelevant sei. Vgl. die vorige Anmerkung.

[1]) Es begegnet hier aber die für diesen Fall unhaltbare Behauptung, es sei ein Irrtum über das Strafgesetz, wenn der Angeklagte mit Rücksicht auf sein Eigentumsrecht sein Handeln für erlaubt gehalten habe. Die Wirkungen des Eigentumsrechtes werden doch ausschließlich vom bürgerlichen Rechte bestimmt, gehören also nur diesem an.

[2]) Kohlrausch S. 138 f. nimmt allerdings an, daß die Rechtserheblichkeit der Tatsache nicht schon besteht, wenn das Recht die Tatsache beurkundet wissen will,

rechtlich unerheblich; z. B. der Glaube, eine Tatsache sei nur dann im Sinne des § 348 (271) rechtserheblich, wenn die Beurkundung dazu bestimmt ist, ihre Richtigkeit zu beweisen, E. 6, 361 (65); 11, 77 (81).

Irrige Annahme, mit Ablauf eines Pflegevertrags sei auch die öffentlich-rechtliche Pflicht zur vorläufigen Fortsetzung der Pflege eines Hilflosen erloschen, ist irrelevant, E. 17, 260. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz bei der Tötung zur Schuld das Bewußtsein verlangt, daß jede Todesverursachung verboten ist. Dies muß auch dann gelten, wenn das Verbot durch Nichtbeachtung eines Gebotes, dem Erfolg entgegenzuwirken, übertreten wird. Denn Pflichtkenntnis ist nur durch einzelne positive Ausnahmen zur Voraussetzung der Strafbarkeit im geltenden Rechte erhoben. Soweit eine solche Ausnahme nicht ersichtlich ist, entschuldigt Pflichtunkenntnis nicht, gleichviel, ob das Unterlassungsdelikt ein echtes oder unechtes ist. — Mit Recht bemerkt aber Kohlrausch S. 125 gegen die reichsgerichtliche Begründung, daß der Irrtum hier außerstrafrechtlich ist. Der Täter hat falsche Vorstellungen über die Wirkungen des Ablaufs seines Pflegevertrags auf die Pflicht, für den Hilflosen zu sorgen. Die Norm „Du sollst nicht töten“ kann ihm dabei wohl bekannt sein. Er kennt aber eine öffentlich-rechtliche Pflicht nicht, durch deren Nichtbefolgung er unter die gekannte Norm fällt. — De lege ferenda spricht der Fall lebhaft dafür, auch bei Tötungen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu verlangen.

Irrelevant ist die irrige Annahme einer Notwehrrecht einräumenden Bestimmung, E. 4, 98 (100); desgleichen die irrige Annahme einer Selbsthilferecht gewährenden Bestimmung, E. 19, 298. Kaum im Einklang hiermit: E. 7, 63, welches bei unberechtigten Mitteln berechtigter Selbsthilfe einen relevanten Irrtum über Civilrechtssätze für möglich erklärt. Ähnlich E. 25, 150 (52), welches als solchen Irrtum denjenigen über die erlaubte Schranke der Selbsthilfe ansieht, falls an sich Selbsthilfe berechtigt war.

Irrelevant ist die irrige Annahme, zu einer objektiv als Hausfriedensbruch gekannten Handlung befugt zu sein, E. 4, 124. Treffend

sondern erst dann, wenn dem Recht die Tatsache, der es Beachtung beilegt (z. B. für die Frage der Pflichterfüllung), auch zum zweifelsfreien Nachweis ihrer Wahrheit von besonderem Interesse ist. Allein dies hat der Gesetzgeber nicht gesagt und kaum gemeint, da Rechtsunkundigen kaum eine Einsicht darüber zugemutet werden sollte, ob die Tatsache auch Beweisbestimmung an sich trägt. Richtig: Binding, Lehrb. 2, 1 S. 245; E. 6 361 (65).

bemerkt gegen die Begründung dieser Entscheidung v. Bar, GS. 38, 281, daß ein solcher Irrtum kein strafrechtlicher sein könne. Das Reichsgericht will anscheinend a. a. O. dem Irrtum doch Relevanz zubilligen, wenn er auf irriger Auslegung des Mietrechts oder Eigentumsrechts berufe, nicht aber, wenn die falsche Rechtsauffassung an ein civilrechtliches Institut sich nicht angelehnt hat. Eine derartige Ausscheidung ist nicht zu begründen. Direkt gegen sie spricht der Umstand, daß das Gesetz doch nicht von der Voraussetzung ausgeht, es mit Rechtsgelehrten zu tun zu haben, welche die civilistischen Rechtsbegriffe auszulegen haben.

Irrelevant ist der Irrtum, daß bei einem reinen Zufallsspiel mit Geldeinsetzen der Begriff des Glücksspiels im Sinne des § 285 StGB. fehle, E. 19, 253. A. M.: Kohlrausch S. 161. Das Glücksspiel ist kein rechtliches Gebilde, welches nur im Falle der Kenntnis seiner rechtlichen Bedeutung diejenigen schuldhaften Faktoren aufweist, denen das Gesetz steuern will. Das Gleiche gilt vom Begriff der Unzucht z. B. im Falle des § 180. R. 7, 317 (19); nicht entgegen R. 4, 275.

Irrelevant ist im Falle des § 49a die irrige Annahme des Auffordernden, daß die angesonnene Tat nicht als Verbrechen im engeren Sinne zu strafen ist, E. 20, 198. Geht man davon aus, daß die Kenntnis der Strafbarkeit eines Tuns kein Erfordernis des Tätervorsatzes ist, so gilt gleiches auch von dem Gehilfen (§ 49) und Anstifter (§ 48), da von ihrem dolus etwas Abweichendes ohne ersichtlichen Grund kaum gefordert werden wollte. Ebenso liegt dann aber auch der Fall bei dem erfolglos Auffordernden (§ 49a), da im dolus hinsichtlich der angesonnenen Tat kein Unterschied von dem Anstifter zu einem Verbrechen im engeren Sinne bemerkbar wird.

Dagegen gilt von der Begünstigung nicht das Gleiche. Wenn der Begünstiger nicht weiß, das die Handlung, welche der sachlich oder persönlich Begünstigte begangen hat, kriminell strafbar ist, befindet er sich in relevantem Rechtsirrtum, E. 5, 23. Denn die Begünstigung ist Vergehen gegen die Rechtspflege. Das Gesetz setzt auch bei der sachlichen Begünstigung voraus, daß der Täter in einen Rechtszustand eingreifen will, nämlich in die durch ein Delikt geschaffene Lage. — Dagegen ist dem Begünstiger diese vom Gesetz zur Schuld vorausgesetzte Angriffsrichtung wohlbekannt, wenn er bloß nicht weiß, daß das Strafgesetz die Vortat als Verbrechen oder Vergehen qualifiziert. Hier genügt die Kenntnis der Tatsachen, welche das Vordelikt als mehr denn eine bloße Übertretung qualifi-

zieren, E. 5, 23 (25).[1]) Irrtum über die Subsumtion gekannter Tatsachen unter den Begriff Übertretung bleibt irrelevant, In diesem Punkte ist die Schuld des Begünstigers qualitativ keine leichtere als die eines Gehilfen, der sich über die rechtlichen Folgen einer im übrigen gekannten Tat irrt. Daß man richtigerweise das Bewußtsein des Begünstigers vom Vorliegen einer strafbaren Handlung für genügend erachten muß, sofern er nicht an die tatsächlichen Voraussetzungen einer bloßen Übertretung glaubte, ist im Rahmen der gegenwärtigen Untersuchung nicht näher zu erörtern. Die Annahme beruht im wesentlichen darauf, daß die Straflosigkeit der Begünstigung von Übertretungen als Ausnahme von einem Regelfall behandelt werden muß.

Nachgewiesene irrige Annahme, eine Ware sei zollfrei, verhindert den Eintritt der Strafe der Defraudation, wenn die Zollstätte ohne Anmeldung überschritten wurde, E. 28, 195. Denn § 137 II des Vereinszollgesetzes verlangt, daß das Vorhandensein einer Defraudationsabsicht in bestimmten Deliktsfällen nicht widerlegt sei. Daraus geht hervor, daß trotzdem die Delikte des Zollvereinsgesetzes im allgemeinen schon durch die präsumierte Kenntnis der Tatsachen begründet werden (§ 137 I), der Gesetzgeber in bestimmten Fällen gemäß § 137 II auch zum Wesen der Zolldefraudation Kenntnis einer [durch die Zollgesetze geschaffenen] Rechtslage, also eines Rechtsverhältnisses, verlangt.[2]) § 163 des Ver.ZGes., welcher der Unkenntnis der Zollgesetze die Beachtlichkeit abspricht, kommt für die Fälle des § 137 II nicht in Betracht, da man insbesondere aus dem Gebrauche des Wortes Defraudation in § 136, 137 wohl schließen darf, daß § 137 gegenüber dem § 163 eine speziellere Bestimmung enthält. A. M. wohl v. Bülow, Goltd. Arch. Bd. 45, 531. Richtig zit. E. 28, 195 (99). Zwar könnte man den § 137 II an sich auch auf die Fälle eines tatsächlichen Irrtums beschränken, allein diese Fälle werden bereits durch eine andere in § 137 II vorgesehene Ausnahme von der Defraudationsstrafe geregelt, nämlich durch den Nachweis, daß der Täter durch den objektiv von ihm erfüllten Deliktstatbestand eine Defraudation nicht habe verüben können.

Noch weiter in der Anwendung des § 137 des Vereinsz.Ges.

---

[1]) Über die Bedenken gegen die **Begründung** dieser und einer Reihe weiterer den Vorsatz bei der Begünstigung betreffender Entscheidungen vgl. Kohlrausch S. 170; Köhler GS. 61, 66.

[2]) Über einen Fall, wo eine Defraudation aus anderen Gründen das Bewußtsein des Widerspruchs mit einem Rechtssatz verlangt, vgl. bereits oben unter 1.

geht E. 19, 302 (07). Hier ist angenommen, daß § 137 II auch auf andere als die von ihm aufgeführten Defraudationstatbestände Anwendung finde, insbesondere auf den § 135 des Ver.ZGes. Richtig ist hieran indessen nur, daß das, was dem Gesetze speziell als Dolus der Defraudation gilt, fehlt. Kraft positiver Bestimmung des § 163 soll dieser Umstand aber (scil. soweit § 137 II nicht als speziellere Vorschrift eingreift) als belanglose Gesetzesunkenntnis behandelt werden. Gl. M.: v. Bülow, Goltd. Arch. Bd. 45, 530 (im Ergebnis).[1])

Irrige Auslegung gekannter Bestimmungen über die Portopflicht ist für das Vorliegen einer Portodefraudation irrelevant, RG. in Goltd. Arch. Bd. 47, 445.

Zu 4. Irrige Annahme, die Jagd berechtigterweise auszuüben, infolge des Irrtums, daß der gejagte Dachs nach dem Rechte des Handlungsortes, nicht zu den für jagdbar erklärten Tieren gehöre, ist relevant, E. 10, 234. Es handle sich um einen Irrtum über Grundsätze des bürgerlichen Rechts.

Irrige Annahme, bestimmte bekannte Tatsachen begründeten die Eigenschaft als Beamter nicht, ist relevant, E. 23, 374.

Irrige Annahme, eine bestimmte Behörde sei zuständig zur Erteilung der Erlaubnis, daß der Täter eine Lotterie veranstalte (§ 286) ist relevant, E. 3, 49. Das Gleiche gilt von der irrigen Annahme, eine bestimmte Behörde sei befugt, die Erlaubnis zum Besitz von Sprengstoffen zu erteilen, E. 12, 431. Irrelevant ist diese Annahme, daß durch eine Behörde eine wirksame Erlaubnis erteilt werden könne, dann, wenn für den betreffenden Deliktstatbestand die Erteilung einer Erlaubnis überhaupt keinen Unrechtausschließungsgrund bildet, E. 29, 376. Denn dies läuft auf die Fiktion eines neuen nicht anerkannten Unrechtausschließungsgrundes (wie z. B. auch irrige Auslegung des Notwehrparagraphen) hinaus und diese Fiktion ist einem Irrtum über Zuständigkeitsbestimmungen nicht gleichzusetzen. In

[1]) In einer älteren Entscheidung stand das Reichsgericht auf einem Standpunkt, der mit den beiden vorangeführten Entscheidungen nicht vereinbar ist. E. 15, 429 (33) hält die irrige Annahme, ein Tabaksurrogat verwenden zu dürfen und daher bei dieser Verwendung keine Defraudation zu begehen, für irrelevant, obwohl es die Bestimmung in § 34 des Tabaksteuergesetzes für einschlägig erachtet, wonach nur eine Ordnungsstrafe eintreten soll, wenn eine Defraudation nachgewiesenermaßen nicht beabsichtigt war. Hier wird die Defraudationsabsicht durch einen Rechtsirrtum über das Erlaubtsein nicht ausgeschlossen, während in dem ganz analogen Falle einer Zolldefraudation E. 19, 302 mit Recht gegenteilig entschied. Gegen die Vereinbarkeit von E. 15, 429 hiermit erklärt sich auch v. Bülow a. a. O. S. 531.

Ermangelung besonderer Gründe bleibt es daher hier bei der Regel, daß der Rechtsirrtum nicht entschuldigt.

Irrelevant ist eine auf irriger Rechtsauslegung beruhende Annahme, derjenige, welchen man zu einem Ungehorsam gegen einen Dienstbefehl oder zur Fahnenflucht verleite, sei nicht Soldat, E. 27, 406; 26, 314. Selbstverständlich ist es gleichgültig, wenn jemand die rechtlichen Beziehungen des Aufgeforderten oder Unterstützten zum Militär kennt und bloß glaubt, diese Personen hießen nicht Soldaten. Aber auch abgesehen hiervon ist der Soldatenbegriff hinsichtlich seiner Merkmale und hinsichtlich seiner Anwendbarkeit auf bestimmte Personenkategorien festgelegt, während der Beamtenbegriff nicht nur verschiedene begriffliche Ergänzungen je nach dem Landesrecht erfährt, welches bestimmen kann, wann jemand als angestellt zu gelten hat im öffentlichen Dienst, sondern auch auf die nämlichen Personenkategorien, z. B. Geistliche, Lehrer, Bahnbedienstete, bald zutrifft bald nicht. Endlich liegt es in der Natur der Vergehen nach § 112, 141, daß dasjenige Schutzobjekt, welches durch die Strafdrohung gesichert werden soll, bereits gekannt ist, mit der Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen des Soldatenbegriffs. Wenn jemand angereizt wird, dem Befehle des militärischen Oberen nicht zu gehorchen, so weiß der Auffordernde wenigstens, daß der Aufgeforderte einen solchen Oberen hat, er kennt also das tatsächliche bestehende, wenn auch von ihm vielleicht für ungehörig erachtete Verhältnis, welches das Gesetz schützen will, auch wenn er über die sonstigen Eigenschaften des Aufgeforderten als Soldaten irrt.

Irrige Annahme eines Soldaten, eine bestimmte von ihm ihrem militärischen Rang nach gekannte Person, sei nicht als Vorgesetzter zu erachten, ist gleichfalls irrelevant, RMil.G. Entsch. Bd. 2, 210; 3, 27 (mit der bedenklichen Begründung, die Bestimmungen des Reichsmilitärgesetzes über die Vorgesetzten seien strafrechtlicher Natur, obwohl die Motive zu § 97 des Mil.StGB. das Gegenteil besagen). Das Ergebnis der Entscheidungen ist zu billigen, weil das Mil.StGB. seiner strengen Tendenz nach die militärischen Gehorsam heischenden Gesetze als bekannt voraussetzen wollte, eine Annahme, die auf die Pflichten der freiwilligen staatlichen Beamten, für welche die Normen auch uneinheitlicher sind, nicht auszudehnen ist. Der § 97 RMil.StG. will mit dem Ausdruck Vorgesetzte also diejenigen Personen nur zusammenfassen, deren rechtliche Stellung er bei Kenntnis ihres Ranges oder ihrer Abzeichen als bekannt voraussetzen wollte. Nach dem Geiste des Mil.StGB. kennt damit der Täter be-

reits diejenige Angriffsrichtung, welche das Gesetz mit Strafe bedrohen will.

Irrelevant ist eine auf irriger Rechtsauslegung beruhende Annahme, daß im Falle des § 110 StGB. die Behörde zu ihrer konkreten Anordnung unzuständig sei, E. 12, 6; daß im Falle des § 113 StGB. der Beamte sich nicht in rechtmäßiger Amtsausübung befinde, E. 22, 300; 23, 334; daß im Falle des § 117 StGB. der Beamte[1]) sich nicht in rechtmäßiger Amtsausübung befinde, R. 9, 473; daß im Falle des § 137 StGB. der pfändende Beamte nicht zuständig sei, E. 19, 287.[2]) Es ist sehr zu bezweifeln, ob diese Entscheidungen bei strengem Festhalten an der Theorie von der Relevanz des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums sich ebenfalls im Ergebnis rechtfertigen ließen. Denn daß die Vorschriften, welche die Zuständigkeit der Behörden und die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung regeln, strafrechtliche seien, wird sich schwer vertreten lassen, zumal da anderwärts vom RG. die Bestimmungen, welche die Zuständigkeiten regeln oder die Obliegenheiten von Beamten betreffen, als außerstrafrechtlich behandelt werden. Vgl. zit. E. 3, 49, ferner E. 30, 135 (39).

Anhang. Die Frage, ob sich der Vorsatz in den Fällen der §§ 110, 113, 117, 137 auch auf die Zuständigkeit (hinsichtlich ihrer rechtlichen Voraussetzungen) zu erstrecken habe, ist sehr bestritten. Meist wird sie im Anschluß an § 113 StG. erörtert. Für das Ergebnis der reichsgerichtlichen Ansicht, wonach rechtsirrige Annahme einer Unzuständigkeit hier nicht entschuldigt, dürften folgende Erwägungen ausschlaggebend sein:

Zwar stehen auch hier die Grenzen der Zuständigkeit und der rechtmäßigen Amtsausübung nicht gemeingültig fest, sondern sind lokal verschieden. Allein es fragt sich, ob die rechtsirrige Annahme der Zuständigkeit einer Behörde oder eines Beamten zur Erlaubniserteilung (also zum Schutz vor der Strafe) auf gleiche Stufe zu setzen ist mit der rechtsirrigen Annahme der Unzuständigkeit

[1]) Irrige Annahme, daß eine der in § 117 genannten Privatpersonen sich nicht in rechtmäßiger Rechtsausübung befinde, ist dagegen irrelevant, E. 20, 156; 27, 70.

[2]) Im letzteren Fall (E. 19, 287) trifft das RG. eine Unterscheidung: relevant sei der Irrtum, sofern der Täter annahm, die Unzuständigkeit des Beamten gehe soweit, nicht einmal eine formell gültige Beschlagnahme ins Leben zu rufen. E. 19, 287 (89) mit E. 10, 425. Dies ist richtig, beruht aber nur darauf, daß solchenfalls der Irrtum eben nicht bloß die Zuständigkeit des Beamten, sondern auch das Vorhandensein einer Beschlagnahme betraf. Daß dies der richtige Entscheidungsgrund ist, wird in E. 10, 425 (31) allerdings noch nicht beachtet. Vgl. auch Frank StGB. § 137 IV.

einer durch die Strafe vor Angriffen zu schützenden Behörde. Dies ist zu verneinen. Wenn das Recht die irrige Annahme eines Rechtsbegriffs von lokal verschiedenem Umfang gegen sich gelten läßt, wo es den Begriff verwendet, um dem Handelnden eine Behörde oder einen Beamten zu bezeichnen, durch die er sich einen Schutz vor der Strafe verschaffen kann, so wird es umgekehrt wollen, daß die irrige Nichtannahme des Begriffs gegen den Handelnden gilt, wo es den Begriff verwendet, um eine Behörde oder einen Beamten näher zu bezeichnen, welchem durch die Strafdrohung ein Schutz vor Angriffen verschafft werden soll. — Im ersteren Falle handelt es sich für jeden bei der unzuständigen Behörde um Erlaubnis Nachsuchenden bereits in diesem Augenblick um eine begriffsnotwendig ihn betreffende Angelegenheit, für welche die Zuständigkeit in Frage kommt. Im letzteren Falle dagegen handelt es sich bei der Frage der Zuständigkeit für jeden, gegen den die Behörde nicht vorgeht, um eine ihn nicht betreffende Angelegenheit. Der Widerstand gegen die Staatsgewalt u. s. w. setzt begrifflich durchaus nicht voraus, daß das Vorgehen des Angegriffenen gerade gegen den angreifenden Täter oder seine Angehörigen gerichtet war. Es fehlt hier demnach das gleiche generelle Bedürfnis, die Kenntnis der rechtlichen Zuständigkeitsvoraussetzungen als Merkmal des vorsätzlichen Angriffs auf Personen oder Anordnungen aufzustellen, deren behördliche oder quasibehördliche Eigenschaft der Täter ja kennt. — Außerdem ist noch folgendes zu beachten. Obwohl die Entstehungsgeschichte keinen sicheren Aufschluß über die Absicht des Gesetzgebers gibt (vgl. gegen die Ausführungen von E. 2, 423 die Darstellung der Entstehungsgeschichte bei Rosenberg Z. 23, 225 f.), ist nach der ganzen Anlage des StGB.[1]) und den herrschenden politischen Strömungen zur Zeit seiner Abfassung nicht anzunehmen, daß der durch das Strafrecht verliehene Schutz der rechtmäßigen obrigkeitlichen oder rechtmäßigen sonstigen amtlichen Handlungen (kurz der Schutz der obrigkeitlichen Autorität) vor öffentlich gepredigtem Ungehorsam oder betätigter Gewalt davon abhängig gemacht werden wollte, daß die Zuwiderhandelnden die Rechtswidrigkeit ihres Angriffs hinsichtlich ihrer rechtlichen Voraussetzungen einsahen. Wenigstens dann wird

[1]) In einer so einschneidenden Frage würde, wenn die Kenntnis der Zuständigkeit des Angegriffenen gewollt gewesen wäre, der Gesetzgeber dies wohl ersichtlich gemacht haben durch irgend eine Parenthese, wie er sie ja z. B. in § 259, 345 gebraucht, oder mindestens durch Einfügung von wissentlich oder wider besseres Wissen.

man zu diesem Ergebnis gelangen müssen, wenn man annimmt, in der Regel habe der Gesetzgeber von dem Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit abgesehen. Denn gegenüber der Frage: Soll der strafrechtliche Schutz der Obrigkeit im Falle irriger Rechtsauffassung über deren Befugnisse zessieren? wird der Gesetzgeber kaum seine staatlichen Organe haben preisgeben wollen der subjektiven Meinung der Befehlsempfänger. Auch kennt der Täter immerhin bei seinem Handeln das Schutzobjekt, welches die Strafvorschrift schützen will. Er muß ja wissen, daß er einem Beamten, bezw. dessen Befehlen durch die Tat entgegentritt. Die behördliche Autorität ist ein vom Täter gekanntes Rechtsverhältnis i. w. S. Er irrt nur über die Tragweite oder die Grenzen dieser Autorität. Ob diese Erwägung auch de lege ferenda anzustellen wäre, ist eine davon wohl zu unterscheidende Frage. Die Erwägung kommt auch in Wegfall bei dem Widerstand gegen Privatberechtigte des § 117 oder deren Stellvertreter (vgl. dazu auch RG. 9, 473).

Dem Ergebnis der reichsgerichtlichen Ansicht stimmen zu: Hiller, Ger. Bd. 27 S. 9 f.; Schwarze, StGB. § 113 N. 16; Schütze, Lehrbuch S. 265 N. 22; Lukas, Subj. Verschuldung S. 26.

In E. 2, 423 scheint das Reichsgericht hinter dem hier Geforderten noch zurückzubleiben, wonach die Annahme, es fehle an einer tatsächlichen Voraussetzung der Zuständigkeit oder der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, einen Unrechtausschließungsgrund bildet. Es faßt hier die Zuständigkeit nicht als Merkmal des Verbrechenstatbestandes, sondern als Bedingung der Strafbarkeit (Strafbarkeitsmerkmal) auf, auf welche sich dann natürlich auch hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen der Vorsatz nicht zu erstrecken braucht. Allein dafür, daß das Merkmal der Zuständigkeit (bezw. der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung und der Rechtsgültigkeit der Verordnung) bloße Bedingung der Strafbarkeit sein soll, gibt die Formulierung des Gesetzes keinen Anhaltspunkt. Jener bedenklichen Ansicht folgen jedoch: Oppenhoff, StGB. § 113 N. 24; Berner zu § 113 (18. Aufl. S. 391) implicite; Rüdorff-Stenglein, StGB. § 113 N. 10; John in Holtz. Hdb. Bd. 3 S. 118.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in R. 1, 642 (45); E. 22, 300; 23, 334 berühren die Frage nicht, ob die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung Tatbestandsmerkmal oder Bedingung der Strafbarkeit ist, sondern begnügen sich damit, die Relevanz eines Rechtsirrtums über jenes Merkmal abzulehnen.

Andererseits gehen über das hier Geforderte diejenigen hinaus,

welche als positives Verbrechensmerkmal das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung (bezw. der Zuständigkeit) verlangen. Damit verlangen sie, genau besehen, eine beträchtliche juristische Kenntnis, sowie außerdem mindestens ein positives Fürmöglichhalten, daß des Täters Ansicht über die Rechtmäßigkeit (bezw. Zuständigkeit) die objektiv gültige sei. So Beling, Grundzüge des Strafr., 2. Aufl., § 86 I; Binding, Normen Bd. 2 S. 589 f.; Frank, StGB. § 113 VI; Hälschner Bd. 2 S. 815; Merkel, Lehrb. S. 391; v. Liszt § 171 N. 3; Hugo Meyer, Lehrbuch S. 649; Rosenberg, Ztschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 23, 224; v. Streit, Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt 1892 S. 108 f. Gemäßigter äußert sich Geyer, Grundr. Bd. 2 S. 139, indem er nicht das positive Wissen der Rechtmäßigkeit verlangt (für den Laien eine nicht leicht zu erfüllende Aufgabe), sondern nur die auf Rechtsirrtum beruhende Annahme der Unrechtmäßigkeit für schuldausschließend erklärt. In dieser Hinsicht ist mit Geyer verwandt die Ansicht von Kohler, Studien aus dem Strafrecht I 74, Dolus sei gegeben, wenn der Täter ernsthafte Gründe habe, anzunehmen, daß er in seinem Rechte sei, das heißt also wohl, wenn er bestimmte positive Gründe dafür habe, daß die Amtshandlung unrechtmäßig sei. —

In Zusammenhang mit der Frage, ob das Wissen die Rechtmäßigkeit einer Amtshandlung des Angegriffenen zu umfassen hat, steht auch die Frage, ob die rechtsirrige Annahme, es handle sich um keine Amtshandlung, zu der man einen Beamten nötige, relevant ist (§ 114 StGB.). Mit RG. in Goltd. Arch. Bd. 42 S. 404 ist auch diese Frage zu verneinen. Die Grenzen der Amtshandlungen werden freilich sicher außerhalb des Strafrechts festgestellt. Aber es ist anzunehmen, daß vom Täter das Wissen um die rechtliche Bedeutung einer durch ihn aufgenötigten Handlung als Amtshandlung ebensowenig gefordert werden wollte, wie im Falle des § 113 StGB. das Wissen um die Zuständigkeit des angegriffenen Beamten.

Zu 5. Relevant ist die auf irriger Auslegung des Civilrechts beruhende Annahme, durch die Handlung werde keine Veränderung oder Unterdrückung des Personenstandes vorgenommen, weil sie vom Rechte gestattet sei, E. 21, 411. Denn § 169 StGB. will wohl nur denjenigen bedrohen, der dem gesetzlichen Willen über den Personenstand zuwiderhandeln will, da er ja außerdem auch das rechtliche Gebilde nicht kennt, dem der gesetzliche Schutz gilt.

Relevant ist die irrige Annahme, es sei eine gültige Aufhebung eines vom Regierungspräsidenten erlassenen Verbots nach § 327,

328, wenn sie mündlich erklärt worden sei.[1]) RG. in Goltd. Arch. Bd. 48, 135.

Relevant ist die irrige Annahme eines Beamten, durch eine obrigkeitliche Anordnung zur Unterdrückung von Urkunden ermächtigt zu sein, E. 27, 401.

Relevant ist die irrige Annahme eines Beamten, auf Grund bestimmter Dienstesinstruktionen ein Züchtigungsrecht zu besitzen, E. 33, 71.

Irrelevant ist die irrige Annahme eines Züchtigungsrechts auf Grund irriger Annahme, ein bestimmtes Verhältnis, abgesehen von der Beamteneigenschaft, verleihe ein solches, E. 33, 32; RMil.G. E. 2, 212.

Irrelevant ist die irrige Annahme, einem Vollkaufmann oblägen gewisse gesetzliche Verpflichtungen des Handelsrechts nicht, E. 4, 418. Vom Standpunkte der Relevanz des außerstrafrechtlichen Irrtums aus müßte die Entscheidung beanstandet werden.

Irrelevant ist die irrige Auslegung von Vorschriften, auf Grund deren ein Viehhändler glaubt, zu seinem dem § 328 zuwiderlaufenden Verhalten berechtigt zu sein, E. 32, 414.

Irrelevant ist die irrige Auslegung der Vorschriften in § 136 Gew.Ordn. über die den jugendlichen Arbeitern zu gewährenden Arbeitspausen, E. 32, 18. Wollte man aber dem Entscheidungsgrunde zustimmen, es handle sich um einen Irrtum über das Strafgesetz, weil die Verletzung der Vorschriften mit Strafe bedroht ist, so müßte man folgerichtig diese Erwägung auch z. B. bei den Amtsdelikten anwenden, wo indessen das Reichsgericht (vgl. z. B. E. 30, 135) mit Recht die Irrtümer über die mit Strafe bedrohten Pflichten des Amtes als relevant erklärt.

Irrige Annahme zur Wegnahme bestimmter Sachen aus der Mietwohnung befugt zu sein, schließt die in § 289 StGB. geforderte Rechtswidrigkeit der Absicht aus, R. 8, 272 (vgl. auch die übrigen oben S. 23 zit. Entscheidungen). — — —

Wirft man einen Rückblick auf die angegebene Judikatur, so wird man gewahr, daß die Kategorien 1—5 nicht exklusiv sind; z. B. manches Urteil, das zu 1. angeführt wurde, wird auch unter dem für Ziff. 3 maßgebenden Gesichtspunkt gehalten werden können. Es galt

---

[1]) Als Begründung wird ein Doppeltes angeführt: Es handle sich um keinen Irrtum über das Strafgesetz, sondern um einen Irrtum über die Form einer Polizeiverordnung. Ein derartiger Irrtum über verwaltungsrechtliche Vorschriften sei entschuldbar und müsse gemäß § 59 StGB. zur Freisprechung führen.

hier vor allem, zu zeigen, daß, wenn man auch den § 59 zur Entscheidung nicht heranziehen kann, ob ein spezieller Rechtsbegriff oder Rechtssatz vom Vorsatz umfaßt ist, deswegen doch die Möglichkeit besteht, auf anderer Basis als auf der des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums die Relevanz mancher Rechtsirrtümer nachzuweisen. Nur hat uns das Gesetz die Sache nicht so leicht gemacht, wie man früher geglaubt hat. Das Gesetz hat vielmehr den in § 59 aufgestellten Grundsatz, daß nur der Tatirrtum, nicht der Rechtsirrtum, entschuldige, bei manchen Tatbeständen durchbrochen. Wenn es keine gemeingültige Bestimmung gibt, welche für alle Begriffe die Frage des Rechtsirrtums entscheidet, so war die Aufgabe zunächst die, durch Detailarbeit, d. h. durch Prüfung der einzelnen Tatbestände, nach leitenden Gesichtspunkten zu suchen, bei deren Vorliegen es unwahrscheinlich wird, daß der Gesetzgeber an seiner Regel von der Unentschuldbarkeit des Irrtums über Rechtsbegriffe oder Rechtssätze festgehalten habe. Daß solche Gesichtspunkte überhaupt existieren, drängt sich angesichts einzelner krasser Fälle entschuldbaren Rechtsirrtums, denen sich der Gesetzgeber nicht entzogen hat, auf. Vgl. über sie bereits oben unter I S. 8. Die aufgestellten Grundsätze stellen nur einen ersten Versuch dar, die latenten Gesichtspunkte nachzuweisen und zu systematisieren. Mit Rücksicht darauf, daß der Gesetzgeber seinen Willen hinsichtlich der Anwendbarkeit seiner Tatbestände vielfach im Unklaren gelassen hat, wird in manchem Fall ein berechtigter Zweifel übrig bleiben, ob die gegebene Auslegung die richtige ist. Immerhin rüttelt dies an der Richtigkeit der grundsätzlichen Annahme nicht, daß der Gesetzgeber von 1870 Ausnahmen von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums gewollt hat. Es dürfte auch der Nachweis gelungen sein, daß diese gewollten Ausnahmen nicht aus dem scheinbar so einfachen Satze der Relevanz alles außerstrafrechtlichen Irrtums aufzubauen sind.

Außerdem dürfte sich ergeben haben, daß die Entscheidungsergebnisse der herrschenden Praxis sich in den meisten Fällen weit besser mit den hier aufgestellten Grundsätzen in Einklang bringen lassen als mit dem Satze, daß die Relevanz eines Rechtsirrtums von seiner außerstrafrechtlichen Natur abhängt. Jener Satz kann ja vielfach ebenfalls zum gleichen Entscheidungsergebnis führen, aber er liefert nicht das Kriterium und die Praxis hat sich für ihr Entscheidungsergebnis öfters an seine Konsequenzen auch nicht gehalten. Wenn nach allem zu behaupten ist, daß die Entscheidungen der Praxis im wesentlichen das Richtige getroffen haben, obwohl auf un-

genügender und unsicherer Grundlage, so darf doch nicht verschwiegen werden, daß auch verschiedene Entscheidungen existieren, deren Ergebnisse zu den hier aufgestellten Grundsätzen nicht stimmen. Aber gerade diese relativ seltenen Entscheidungen lassen eine gleichmäßige Durchführung von angenommenen Grundsätzen vermissen, befinden sich zum Teil auch in direktem Widerspruch mit anderen Entscheidungen und haben wegen der Schwierigkeit, sie aus dem geltenden Rechte zu rechtfertigen, besonders lebhafte Anfechtung erfahren. Zu nennen sind außer den bereits gelegentlich im Zusammenhalt mit anderen Entscheidungen besprochenen Fällen die folgenden:

Irrtum über die in der Konkursordnung stillschweigend in Bezug genommenen Bestimmungen des Handelsrechts, z. B. über den Begriff des Vollkaufmanns, ist als Irrtum über das Strafgesetz irrelevant, vgl. E. 33, 184 und die dort weiter angeführten Entscheidungen, insbes. E. 8, 147; R. 8, 421. Auch von dem Standpunkte, daß es lediglich auf die sedes materiae des Begriffs ankommt, über den der Täter irrte, ist die Entscheidung bedenklich. Warum sollen beispielsweise die Begriffe Patent, Beschlagnahme nicht strafrechtlich sein, wohl aber ausgesprochen handelsrechtliche Begriffe, die das Strafrecht einfach in ihrer jeweiligen Gestalt herübernimmt? Wie stimmt die bekämpfte Ansicht zu der Entsch. in Goltd. Arch. Bd. 47, 171, wonach sogar die Unkenntnis von konkursrechtlichen Befugnissen im stande ist, einen relevanten Irrtum zu begründen. Darnach ist der Irrtum über konkursrechtliche Befugnisse möglicherweise außerstrafrechtlich, nicht aber der Irrtum über Begriffe der Konkursordnung, welche nicht einmal in dieser selbst gegeben sind, sondern erst aus einem dritten Rechtsgebiet übernommen wurden. Bedenklich sind jene Entscheidungen außerdem von dem Standpunkte dessen, der fragt, ob der Begriff des Vollkaufmanns ein solcher ist, dessen Kenntnis das Gesetz dem Laien ohne weiteres zutrauen mußte, und ob, wenn dies zu verneinen ist, bei bloßer Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen des Begriffs die Kenntnis des vom Rechte geschützten Angriffsobjektes vorliegt, ob mit anderen Worten dann noch eine vorsätzliche Schuld und gar eine solche Schuld konstruierbar ist, wie sie das Gesetz zufolge seiner scharfen Strafdrohungen in KO. § 239, 240 wohl vorausgesetzt hat. Anders würde es nach geltendem Rechte stehen, wenn der Täter die Anwendbarkeit des handelsrechtlichen Begriffs Vollkaufmann auf sich kannte, also auch im allgemeinen wußte, was ein Vollkaufmann sei, sich aber nicht aller daran geknüpften Verpflichtungen bewußt wurde. Gegen die bekämpfte An-

sicht unter anderen: Binding, Lehrb. 1, 433, 438; v. Bülow, Ger.S. Bd. 59 S. 3; Kohlrausch S. 133; Olshausen, StGB. § 59 N. 31a.

Irrtum eines Jagdpächters über die Ausdehnung seiner Befugnisse zur Tötung von fremden Hunden sei als civilrechtlich relevant, E. 19, 209. Über die Unvereinbarkeit dieser Entscheidung mit der sonstigen Ansicht des Reichsgerichts, z. B. E. 11, 90, daß der Irrtum über die Tragweite der aus einem gekannten Rechtsbegriff oder Rechtsverhältnis entspringenden Befugnisse und Pflichten irrelevant sei, vgl. die zutreffenden Bemerkungen von Kohlrausch S. 155.

Irrige Annahme eines Geistlichen, zum Nachweis einer Eheschließung dürfe er sich mit der Erklärung der Brautleute begnügen, sei als Irrtum über civilrechtliche oder kirchenrechtliche Bestimmungen relevant, E. 4, 233 (36). In Wirklichkeit irrt sich der Täter nur über die Tragweite des ein rechtliches Gebilde nicht schaffenden Ausdrucks „nachgewiesen sein“, welchen die Strafbestimmung in § 67 des Personenstandsgesetzes verwendet. Dieser Irrtum kann ebensowenig relevant sein, als wenn ein Gewerbetreibender Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht kennt oder falsch auslegt.

Irrige Annahme, auf Grund der dienstherrlichen Rechte zur Einschließung des Gesindes befugt zu sein, sei Tatirrtum oder Rechtssätze außerhalb des Strafrechts, RG. in Goltd. Arch. Bd. 39, 331. Richtiger dürfte es sein, hierin die irrige Annahme eines nicht existierenden gesetzlichen Unrechtausschließungsgrundes zu erblicken. Treffend bemerkt ferner Kahn, der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum S. 1, daß diese Entscheidung mit den Entscheidungen über die irrige Annahme eines Züchtigungsrechts seitens Privater (vgl. z. B. E. 4, 98) nicht zu vereinigen sei.

Irrige Annahme zu einer bestimmten Körperverletzung auf Grund der Vorschriften über vorläufige Festnahme (StPO. § 127) befugt zu sein, sei außerstrafrechtlich und relevant; denn es handle sich ja um einen Irrtum über die Strafprozeßordnung, E. 34, 443. In Wirklichkeit erscheint dies jedoch nichts anderes als die Einbildung eines Unrechtausschließungsgrundes, den das Gesetz nicht kennt, und wäre ebenfalls gleich zu behandeln der irrigen Annahme eines Züchtigungsrechts seitens Privater.

Irrige Annahme, eine bestimmte Handlung, zu welcher man einen Untergebenen anstiftet, enthalte keinen Mißbrauch der Amtsgewalt, sei irrelevant, RMil.G. E. 2, 212. Allein die Strafschärfung des vorsätzlichen Mißbrauchs der Dienstgewalt wird widersinnig, wenn der Täter den Mißbrauch gar nicht kannte. Durch das Wort Miß-

brauch wird ausgedrückt, daß ein Mißverhältnis zu dem ordnungsmäßigen Brauch bestehen muß. Ohne Kenntnis desselben weiß der Täter von dem Rechtsverhältnis i. w. S. nichts, welches durch die Strafdrohung vor vorsätzlichen Angriffen zu schützen ist. Die gerügte Entscheidung steht denn auch in scharfem Gegensatz zu analogen Entscheidungen des Reichsgerichts. Vgl. einen Fall der Nötigung durch objektiven Mißbrauch der Amtsgewalt in Goltd. Arch. Bd. 44, 252 und einen Fall des pflichtwidrigen Handelns nach § 356 StGB. in E. 23, 60 (68). — —

IV.

Es bedarf nunmehr der Begründung, daß das geltende Recht nicht generell ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder der Pflichtwidrigkeit verlangt, wodurch die auf mühseligen Detailuntersuchungen beruhenden Ausscheidungen des relevanten Rechtsirrtums vom irrelevanten überflüssig gemacht würden.

Auszugehen ist von dem Satze error iuris nocet, mit dem alle im römischen Rechte erzogenen Juristen früh vertraut wurden. Seine Richtigkeit für das römische Strafrecht (vgl. darüber Binding, Normen 2, 310 f., Kahn S. 6 f.; Mommsen, Röm. Strafrecht S. 92 f.) kann bei der Frage, ob man dieses Schlagwort bei der Gesetzesformulierung um die Mitte des 19. Jahrhunderts acceptierte, zunächst ungeprüft bleiben. Jedenfalls war dieser Satz bei der Hervorhebung der Irrtumsobjekte im preuß. StGB. von 1851 § 44 und im Nordd. StGB. noch von ersichtlichem Einfluß. Vgl. Goltdammer, Materialien z. pr. StGB. 1851, Bd. I 434; Motive (II) zu § 59 des StGB. f. d. Nordd. Bund. Zu Gunsten einer Trennung zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum in § 59 des geltenden Rechts dürfte entscheidend sein, daß man bei Abfassung und Beratung des preußischen Strafgesetzbuchs den Rechtsirrtum als unbeachtlich ansah und der § 59 des Nordd. StGB. hiervon nicht abweichen wollte (vgl. auch Katzenstein, Ztschr. f. d. ges. Str.-RW. Bd. 21, 424). Da der Ausdruck: „Irrtum über Tatumstände“ in § 59 StGB. mit dieser historischen Auslegung in keinerlei Widerspruch tritt, andererseits aber einen dem täglichen Leben nicht geläufigen Rechtsbegriff darstellt, wird man der historischen Auslegung hier ein wesentliches Gewicht beimessen müssen. Auf diese historische Auslegung muß bei der Frage nach der Entwickelungsgeschichte der Theorie vom außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum und der Normentheorie nochmals eingegangen werden.

Nimmt man einmal an, § 59 wolle nur den Tatirrtum und Rechtsirrtum scheiden, so ist man zu einer an sich — das heißt,

wenn man den vollen Mut der Konsequenz hat — durchführbaren Theorie angelangt. Darüber hinaus, nämlich über die Begründung einer weiteren Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum, ist noch nichts erklärt, weder hinsichtlich der historischen Entwickelung noch hinsichtlich des dogmatischen Fundaments. Wie entstand diese noch die heutige Praxis beherrschende Einschränkung des Satzes von der Irrelevanz des Rechtsirrtums?

Dieser letztere Satz führt zu Härten, deren Beobachtung man sich nicht verschließen konnte. Denn unter seiner Geltung ist die rechtsirrige Annahme eines Eigentumserwerbs an der weggenommenen Sache, die rechtliche Unkenntnis der Entstehung einer Beschlagnahme, eines Patents, des staatsrechtlichen Verhältnisses eines angegriffenen Prinzen, daß er etwa dem landesherrlichen Hause am Tatorte zugehört, irrelevant. Die auf Rechtsirrtum beruhende falsche Beurteilung eines gegebenen Tatbestands durch den Civil- oder Strafrichter, welcher die tatsächlichen Voraussetzungen seines Richterspruchs richtig kennt, ist darnach vorsätzliche Rechtsbeugung.

Es ist daher nicht zu verwundern, daß auch diejenigen, welche ihre Lehre vom Rechtsirrtum auf dem Satze error iuris nocet gründeten, dessen Geltungsgebiet einzuschränken suchten. Besonders in die Augen springend waren einige Fälle hochentschuldbaren Rechtsirrtums, bei denen der nichtgekannte Rechtsbegriff seine sedes materie nicht im Strafrecht hatte. Vgl. die Beispiele Geßlers, Ger.S. (1858) Bd. 10 S. 218. Unterstützt durch die römischrechtlichen Studien von Savigny (Syst. d. röm. R. 1840 Bd. 3 S. 388 f.), der unter anderem zwischen einem Irrtum über das Strafgesetz und sonstigem Irrtum über die Strafbarkeit der Handlung unterscheidet, sowie durch die gemeinrechtlichen Untersuchungen von Geßler (a. a. O.) und Geib, Lehrbuch d. deutschen Strafr. 1862 Bd. 2 S. 59 f. (63) fand die Auffassung immer mehr Anklang, zu dem faktischen Irrtum (oder wie er auch genannt wurde: Irrtum über Tatsachen, über Tatumstände) gehöre auch die Unkenntnis (bezw. die falsche Auslegung) von nicht strafrechtlichen Rechtssätzen und nicht strafrechtlichen Rechtsbegriffen. Vgl. die Zitate bei Kohlrausch S. 176. Dazu kam, daß das sächs. StGB. von 1855 in Art. 97 von der Irrelevanz des Rechtsirrtums (Art. 95 II) ausnahm denjenigen „Rechtsirrtum, welcher sich nicht auf das Strafgesetz, sondern auf andere bei der Handlung in Betracht kommende Rechtsgrundsätze bezieht“. Allerdings rechnet das sächs. StGB. diesen Irrtum nicht (wie z. B. Geib) zum Irrtum über

Tatsachen. Sehr spärlich und wenig einleuchtend sind aber die Versuche, eine Auscheidung gerade des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums vom sonstigen Irrtum dogmatisch zu begründen.

Drenkmann, Goltd. Arch. (1860) Bd. 8 S. 163 f. bemerkt (S. 167), zum faktischen Irrtum gehöre auch derjenige Irrtum über Tatsachen, welcher in Rechtsunwissenheit seinen Ursprung habe. Seinen Beispielen zufolge denkt er dabei nur an Fälle des Rechtsirrtums über civilrechtliche Bestimmungen. Er bezeichnet also das Vorliegen von bestimmten Rechtsbegriffen des Tatbestandes als Tatsachen. Allein dabei wird übersehen, daß, wenn man überhaupt den Irrtum über das Recht (Rechtsbegriffe oder Rechtsnormen) dem Irrtum über Tatsachen gegenüberstellt, das Gegebensein eines Rechtsbegriffs nie als Tatsache gelten kann. Vgl. auch E. 23, 374 (76), wo erkennbar der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum richtig als Rechtsirrtum im Unterschied vom tatsächlichen Irrtum aufgefaßt ist. Wenn man unter falscher Rechtsauslegung zu einem Begriffsmerkmale gelangt ist, hat man sich immer über das Gegebensein eines Rechtsbegriffs geirrt und nicht über Dinge außerhalb des Rechts. Außerdem übersieht Drenkmann, daß das, was er nur für einzelne Begriffsmerkmale des gesetzlichen Tatbestandes zugibt, dann für alle Begriffsmerkmale desselben in gleichem Maße gelten müßte, also auch für alle die Merkmale, welche das Strafrecht aus keinem anderen Rechtsgebiete entlehnt hat, z. B. für das Gegebensein der Voraussetzungen für den Eintritt der Strafbarkeit. Denn das Gegebensein eines Tatbestandsmerkmals ist für Drenkmann stets eine Tatsache, sofern es auf einem Rechtssatz oder Rechtsbegriff beruht. — Schäffer: „Gehört nach dem RStGB. zum Begriff des Vorsatzes das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung?" (sic) Diss. 1897 S. 18, rechnet den Irrtum über Normen außerhalb des Strafrechts aber nur diesen direkt zum Irrtum über Tatumstände. Begründung für diese Ausscheidung fehlt gänzlich. — Dagegen findet man eine solche bei Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, Diss. 1897, S. 30 f. Er führt aus: „Da für das Gebiet des Strafrechts nur in Betracht kommt, ob eine Handlung nach den Begriffen des Strafgesetzgebers Unrecht ist, so kann die Strafsatzung durch einen Rechtsirrtum nur so weit unberührt bleiben, als er in ihrem Sinn ein Rechtsirrtum, kurz ein krimineller Irrtum ist; dahingegen der Irrtum über eine außerstrafrechtliche Norm für das Strafrecht kein Rechtsirrtum, vielmehr ein die Strafe ausschließender faktischer Irrtum ist." Diese Begründung ist nicht schlüssig. Denn nirgends

deutet das StGB. an, daß irgend ein Rechtsirrtum im Sinne des § 59 ein Irrtum über Tatumstände sei, anderer Rechtsirrtum dagegen nicht. Es leuchtet auch nicht ein, weshalb bezüglich des nichtkriminellen Unrechts die Strafsatzung nicht „unberührt“ bleiben kann. Der Zusammenhang der Frage nach der Relevanz des Irrtums mit der Frage, was der Strafgesetzgeber als Unrecht ansieht, kann ebensogut ein anderer sein als der von Klee behauptete, nämlich der, daß nur die irrige Subsumtion eines vorsätzlich erfüllten Erfolgs unter das, was der Gesetzgeber als Unrecht ansieht, die Strafsatzung unberührt läßt. Dabei kann der Gesetzgeber zu diesem vorsätzlich erfüllten Erfolg auch die Kenntnis einzelner rechtlicher Erfolge (juristischer Tatsachen) rechnen, ohne Rücksicht darauf, ob die gekannten rechtlichen Beziehungen im Strafrecht geregelt sind oder anderwärts. Für die weitere Behauptung Klees, daß der außerstrafrechtliche Irrtum dem tatsächlichen wesensgleich sei (S. 33), vermißt man jeden Beweis. Wenn jemand irrig glaubt, eine Erlaubnis erhalten zu haben, und diese Erlaubnis im Falle ihrer Existenz schuldausschließend ist, so befindet der Handelnde sich ausschließlich in einem tatsächlichen Irrtum über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals. Wenn der Irrtum dagegen darin bestanden hat, eine bestimmte Erlaubnis schließe die Rechtswidrigkeit aus, so befindet er sich ausschließlich in einem Rechtsirrtum über die rechtlichen Erfordernisse des in Frage stehenden Tatbestandes. Daß der Täter dabei außerdem noch über das tatsächliche Vorhandensein dieser belanglosen Erlaubnis sich geirrt haben kann, ändert dann an dem Umstand nichts, daß nur ein Rechtsirrtum die Ursache für seinen Glauben war, ein bestimmter Verbrechenstatbestand liege nicht vor. Von einer Wesensgleichheit des tatsächlichen und des rechtlichen Irrtums über das angenommene Merkmal der Erlaubnis kann nicht die Rede sein, da die Irrtumsobjekte hier durch die tiefe Kluft des Unterschieds zwischen sinnfälligem Ereignis und rechtlicher Beziehung von einander getrennt sind, während diese Kluft, welche durch die Verschiedenheit der Kategorien der Denkobjekte entsteht, weder zwischen dem außerstrafrechtlichen und dem strafrechtlichen Rechtsirrtum noch zwischen einem anderswie für relevant zu erachtenden und einem irrelevanten Rechtsirrtum sich auftut. Wollte der Verfasser aber etwa nur sagen: der außerstrafrechtliche und der tatsächliche Irrtum sind wesensgleich, weil sie relevant sind, so befindet er sich in einem Zirkel; denn gerade diese Relevanz ist ja das thema probandum. Übrigens wäre in dem Falle rechtsirriger Annahme des Merkmals „Erlaubnis“

nicht einmal die Relevanz des Irrtums gleichmäßig zu beantworten, obwohl es sich doch um das nämliche Tatbestandsmerkmal handelt. Glaubt ein Beamter, eine Verordnung erlaube ihm eine Urkundenvernichtung, so ist dies relevant. Glaubt ein Privatmann, auf Grund einer Verordnung eine Befugnis zur Urkundenvernichtung zu haben, so ist dies wohl auch nach Klees Ansicht irrelevant.

Auch die dogmatische Begründung der Theorie vom außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum ist demnach nicht geeignet, diese Theorie zu halten. Über die sonstigen Bedenken gegen die Theorie und insbesondere über die Entstehungsgeschichte des § 59, soweit sie für jene Theorie in Frage kommt, vgl. oben S. 28 f. Sie erscheint darnach nicht imstande, den § 59 StGB. befriedigend zu erklären. — —

Der Konsequenz, jeden Rechtsirrtum für irrelevant zu erklären, entgeht man auch, wenn man sich der Theorie anschließt, welche das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Verbrechensmerkmal fordert. Diese Theorie, welche nach dem Erlaß des RStGB. vor allem durch Binding aufgestellt und verteidigt wurde, hat ebenfalls die Unwahrscheinlichkeit erkannt, daß der Gesetzgeber jeden Rechtsirrtum für belanglos erklären wollte. Sie hat ein ungleich festeres Gefüge, aber es fragt sich, ob sie mit dem geltenden Rechte zu vereinbaren ist.

Das preußische StGB., welches Geßler a. a. O. noch als ein Gesetz anführt, das dem Rechtsirrtum keine Bedeutung beilegt, lautet in Art. 44: „Wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist, entweder von besonderen Eigenschaften in der Person des Täters oder desjenigen, auf welchen sich die Tat bezog, oder von den besonderen Umständen, unter welchen die Tat begangen wurde, so ist eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen nicht zuzurechnen, welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der Tat unbekannt waren.“ Diese Fassung konnte man kaum so auslegen, daß auch die Rechtswidrigkeit zu den besonderen Umständen gehört. Jedenfalls war diese Auslegung sehr gezwungen. Denn die Rechtswidrigkeit ist nicht ein besonderer, sondern ein allgemeiner Umstand, der bei jedem Delikt vorliegen muß. Auch hängt die Strafbarkeit von ihr stets ab. Der Bedingungssatz in § 44 würde also auf sie nicht passen. Wenn man nicht die praktische Tragweite als oberstes Prinzip für die Richtigkeit einer Auslegung aufstellt, liegt es näher, unter dem Ausdruck „besondere Umstände“ nur die einzelnen Deliktsmerkmale des speziellen gesetzlichen Tatbestandes zu verstehen. Die Frage des Wissens um den allgemeinen objektiven Tatbestand (z. B. um die Kausalität des Tuns, sicher aber die Frage um die

Rechtswidrigkeit) war mit Stillschweigen übergangen. Bezüglich des Rechtsirrtums speziell hielt man die ausdrückliche Ausschließung seiner Beachtlichkeit für überflüssig.[1]) In der Tat existierte eine kgl. Deklaration vom 14. Januar 1813,[2]) welche erklärte, nach einem bestimmten Zeitraum von der Verkündigung der Gesetze ab könne sich niemand mehr mit Unkenntnis von Verordnungen entschuldigen, welche in die Gesetzessammlung oder in das Amtsblatt eingerückt waren. — Das Obertribunal (vgl. Oppenhoff Entsch. Bd. 4, 19; Bd. 5, 359; Bd. 10, 70) vertrat die Ansicht, daß nur der Irrtum über Tatsachen als beachtlicher Irrtum anzusehen sei und verwarf die Relevanz des Rechtsirrtums, ohne zu unterscheiden. Die Doktrin ging teilweise andere Wege, war jedoch über die Abgrenzung des relevanten Irrtums nicht einig. Einzelne, z. B. Köstlin, System S. 162, 193; Berner, Lehrbuch S. 211, 212 ließen nur den Irrtum über Tatumstände im Gegensatz zum Rechtsirrtum gelten; andere, z. B. Heffter, Lehrbuch § 63, verlangten das Bewußtsein zwar nicht der Gesetzwidrigkeit aber der Rechtswidrigkeit; Geib, Lehrbuch Bd. 2 S. 63, erachtete außer dem faktischen auch den außerstrafrechtlichen für relevant. Über Geßlers Auffassung speziell vom preuß. StGB. § 44 vgl. oben S. 63.

Angesichts dieser Meinungen über § 44 des preuß. StGB., welche dem Verfasser des StGB. für den Norddeutschen Bund bekannt gewesen sein dürften, erscheint es im Hinblick auf die früher bemerkte Äußerung der Motive schwierig, einen Beweis dafür für erbracht zu sehen, daß das StGB. von 1870 das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur Voraussetzung der Strafbarkeit erheben wollte. Nicht einmal der Zusatz „rechtswidrig" zu Vorsatz, wie ihn z. B. das sonst häufig zum Muster genommene sächsische StGB. von 1855 (Art. 46) enthält, fand Aufnahme, weder im Allgemeinen Teil, noch als regelmäßiges Attribut im Besonderen Teil. Bestünde dieser Zusatz generell, so hätte man doch wenigstens einen Anhaltspunkt dafür, daß der bloß auf die Verwirklichung der sinnlich wahrnehmbaren (natürlichen) Erfolge gerichtete Vorsatz zur Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes nicht genüge. Statt dessen verwendete man den im Jahre 1870 bereits durchaus nicht mehr farblosen Ausdruck „Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes" zur Bezeichnung von Gegenständen eines beachtlichen Irrtums. Was verstand man darunter?

---

[1]) Vgl. Goltdammer, Materialien I 434.

[2]) Abgedruckt auch bei Oppenhoff, Rechtspr. d. Obertribunals, Bd. 4, 20.

Mit den Tatumständen wollte nicht etwa ein Gegensatz zu anderen Merkmalen des gesetzlichen Tatbestands bezeichnet werden, welche zur Strafbarkeit erforderlich sind (zu den Bedingungen der Strafbarkeit). Denn abgesehen davon, daß für die Bezeichnung eines solchen Gegensatzes der Ausdruck „Tatumstand" schlecht gewählt wäre, da man gerade bei den Tatumständen leicht auf den Gedanken verfallen könnte, es seien damit äußere Umstände gemeint, unter welchen die Tat geschah, jedenfalls dachte der Gesetzgeber bei Schaffung des § 59 nicht an den Gegensatz der Strafbarkeitsmerkmale (oder Prozeßvoraussetzungen), z. B. Strafantrag, Gegenseitigkeit, Rückfall; denn dieselben wurden zu jener Zeit nirgends in der Gesetzgebung als Gegensatz zu den Deliktsmerkmalen hervorgehoben. Auch hätte der § 59 dann nur überflüssigerweise eine Tautologie ohne sachliche Unterscheidungsmerkmale gegeben. Denn die Strafbarkeitsmerkmale bestehen gerade darin, daß sie Merkmale sind, deren Wirksamkeit davon unabhängig ist, ob sie vom Vorsatz des Täters umschlossen sind. Wohl mit Recht hielt man die Hervorhebung, daß der Vorsatz auf sie sich nicht zu erstrecken brauche, der ausdrücklichen Feststellung nicht bedürftig, sofern man ihrer überhaupt bei Regelung der Irrtumslehre gedachte.

Auch ein Gegensatz zu den Merkmalen des subjektiven Tatbestandes wollte durch das Wort „Tatumstand" nicht bezeichnet werden. Für diesen Zweck wäre dasselbe gleichfalls ungeeignet, weil man zu den bei der Tat vorliegenden Umständen an sich auch die dabei vorliegende Willensrichtung zählen könnte.[1]) Eine Konstatierung, daß der Vorsatz des Täters nicht den subjektiven Tatbestand umfasse, wäre ganz überflüssig gewesen, da man nie auf die widersinnige Idee verfallen würde, zur Bestrafung eines vorsätzlichen Täters zu verlangen, er müsse die Art seiner Willensrichtung sich selbst psychologisch richtig vorgestellt, mit anderen Worten, sie sich zum Bewußtsein gebracht haben. Gegen derartige Deutungen der „Tatumstände" schon v. Buri, Ger.S. Bd. 20 (Beilageheft) S. 190.

Es könnte sich aber noch fragen, ob die „Tatumstände" nicht etwa den Gegensatz zu der Strafsanktion bedeuten. Allein es bestand

[1]) Auf diesen für das geltende Recht ja zweifellos unbrauchbaren Gedanken, daß die Tatumstände im Zusammenhange des § 59 auch den subjektiven Tatbestand umfassen, ist RMil.GE. 1, 105 (07) wirklich gekommen. Es sagt gelegentlich unter Bezugnahme auf § 59, daß unter die Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes auch der subjektive Tatbestand gehöre. An die für das geltende Recht ganz undenkbaren Folgen dieser Begriffserweiterung hat es bei dieser Entgleisung offenbar nicht gedacht.

1870 ziemliche Klarheit darüber, daß die Tatumstände bis dahin als Gegensatz zu einem Rechtsirrtum nicht bloß über die Strafsanktion gebraucht wurden.[1]) Ein allgemeiner bekanntes Strafgesetzbuch, das bayerische StGB. von 1861, hatte den Irrtum über Tatumstände bereits in nachweislichen Gegensatz zum Irrtum über das Strafgesetz und seine sanctio poenalis gesetzt. In Art. 69 I daselbst ist bestimmt: „Wenn jemand bei seiner Handlung einen Tatumstand nicht kannte, durch dessen Dasein die Strafbarkeit jener Handlung bedingt ist, so ist die letztere straflos.“ Art. 70 fügt aber hinzu: „Die Unwissenheit über das Bestehen eines Strafgesetzes überhaupt oder über die Art und Größe der Strafe, die Meinung, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, endlich die Beschaffenheit des Endzwecks . . . schließen die Strafbarkeit nicht aus.“ Schon durch die Gegenüberstellung von Strafgesetz einerseits und Strafart, bezw. Strafhöhe, andrerseits wird die Vermutung nahegelegt, daß das Wort „Strafgesetz“ in Art. 70 auch die Norm mitumfaßt.[2]) Auch nach dem damaligen Stand der Wissenschaft hatte man kaum Bedenken dagegen, daß manche Normen erst durch die Strafgesetze geschaffen werden und zugleich mit denselben stehen und fallen. Das Strafgesetz wurde damit als Sitz vieler Normen angesehen. Daß dies schief ist und Bindings Theorie dogmatisch vorzuziehen wäre, kann die Auslegung der gesetzlichen

---

[1]) Diesem Einwand werden auch die sonst so beachtlichen Ausführungen von Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, 1898, S. 100 f. nicht gerecht. Hierin richtig Frank § 59 I.

[2]) Tatumstände sind dann nur die „tatsächlichen Umstände“, von denen frühere Gesetzbücher, z. B. Sächs. StGB. v. 1838 Art. 68, Thüring. StGB. v. 1850 Art. 63, sprechen. Etwas anderes wollte der Ausdruck Tatumstände nicht besagen. Aus Art. 100 de Württemb. StGB. v. 1839 und seiner Überschrift erhellt, daß man in der Gesetzessprache den Irrtum über Tatumstände unbedenklich als einen Fall des Irrtums über Tatsachen ansah. Es heißt da: „Von der Zurechnung bei Irrtum über Tatsachen. Art. 100 Abs. 1: Wer eine an sich erlaubte Handlung zu begehen glaubt, während seine Handlung wegen ihm unbekannter Tatumstände strafbar ist, dem kann dieselbe zum Vorsatze nicht zugerechnet werden.“ — Der Ausdruck „Unwissenheit eines Tatumstandes“ begegnet wohl zuerst im Bayer. StGB. v. 1813 Art. 72. Hier wird er, wie die offiziellen Anmerkungen ersehen lassen, im Gegensatze zu der Einsicht in das Unerlaubte einer strafgesetzlich verbotenen Handlung gebraucht; darnach gehört die Normenunkenntnis zweifellos mit zum Gegensatz dessen, was die Unkenntnis von Tatumständen umfaßt. — Es mag noch betont werden, daß, wie sehr man sich auch im allgemeinen gegen ein Übergewicht der Auslegungsversuche bloß aus der Entstehungsgeschichte wehren muß, bei Ausdrücken, die im wesentlichen Juristendeutsch sind, doch die Bedeutung, welche die Juristen mit der Verwendung des Wortes verbanden, schwer ins Gewicht fallen muß.

Terminologie „Irrtum über das Strafgesetz“ nicht ändern. Man muß bedenken, daß Bindings Normentheorie, soweit sie die Ausscheidung der Norm aus dem Strafgesetz unternimmt, mag ihr Grundgedanke auch dogmatisch und de lege ferenda berechtigt sein, dem bayerischen Gesetzgeber ebensowenig bekannt war, wie die ähnliche Grundgedanken enthaltende Abhandlung von Heinze, Ger.S. Bd. 13, insbes. S. 441 (1861). Der bayerische Gesetzgeber hätte seine Worte sicher anders gefaßt und anders fassen müssen, wenn er die bayerische Praxis in den Weg lenken wollte, den Irrtum über die Norm als beachtlich zu erklären. Umfaßt der Begriff Tatumstand das Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht, so ist es demgegenüber gleichgültig, ob man unter dem „Irrtum über Tatumstände“ damals nur den faktischen Irrtum verstand (so z. B. Köstlin S. 162), oder den Inhalt jenes Begriffs mit den angeblich gleichzustellenden außerstrafrechtlichen Rechtssätzen bepackte.

Der Ausdruck „Tatumstände“ ist auch rein sprachlich nicht besonders glücklich, um das Merkmal der Rechtswidrigkeit mit zu umfassen. Denn unter der Tat versteht man ein konkretes sinnfälliges Ereignis. In der Verbindung „gesetzlicher Tatbestand“ bezeichnet man damit allerdings die rechtlichen Merkmale des Verbrechens. Aber es wird eben in § 59 nicht von den Umständen des gesetzlichen Tatbestandes gesprochen, sondern von den „Tatumständen“ eines gesetzlichen Tatbestandes. Unter einem gesetzlichen Tatbestand wird dabei nach der damaligen Terminologie der Tatbestand eines Verbrechens verstanden.

Ferner spricht gegen die Auslegung der Tatumstände im Sinne der Normentheorie auch der oben S. 31 in anderen Zusammenhang hervorgehobene Umstand, daß der Johnsche Entwurf, welcher dem Verfasser des Norddeutschen Entwurfs vorlag und aller Wahrscheinlichkeit nach auch bei Formulierung des § 59 beachtet worden war, den Ausdruck „Irrtum über Tatumstände“ in der Tat als Umkehr des Satzes „Rechtsirrtum schadet“ verwendet hat. Dagegen kann das weitere Bedenken gegen die Geltung der Normentheorie, welches u. a. Lucas S. 74 erhebt, nicht geteilt werden, daß mit demselben Rechte zu den Tatumständen auch die Strafbestimmungen gerechnet werden müßten, wenn man überhaupt rechtliche Merkmale zu den Tatumständen zähle. Denn hier hat das Gesetz durch die Wendung „Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören“ einen Riegel vorgeschoben, da es doch keiner Konstatierung bedurfte, daß Irrtümer, welche sich nicht auf einen in Frage stehenden Tat-

bestand, sondern auf einen beliebigen anderen beziehen, einflußlos sind, also offenbar ein anderes Irrtumsobjekt als Gegensatz gemeint ist. Mindestens der Irrtum über die Strafsanktion gehört zu diesem Gegensatz. Abgesehen davon würde es gar nicht notwendig sein, unter die Tatumstände die Strafsanktion mit zu begreifen, wenn man das Verbotensein noch hinzurechnet, weil hier wegen der Widersinnigkeit der praktischen Ergebnisse[1]) die logische Auslegungsmethode auftreten und sagen würde: das kann das Gesetz nicht gewollt haben,[2]) also ist nur die Norm nicht auch die Strafsanktion von den Tatumständen umfaßt.

Wenn man Goltdammers Materialien I 378, 434 heranzieht und die damals so häufige Berufung auf den Satz error iuris nocet, so erscheint es, auch abgesehen von den aus § 59 und seiner Geschichte etwa zu entnehmenden Gründen, sehr fraglich, ob man nicht 1870 sicher Bedenken getragen haben würde, jede Normunkenntnis implicite als unrechtausschließend zu behandeln, zumal da auch die seitdem vorgeschrittene Rechtswissenschaft noch heutzutage verschiedene Stimmen aufweist (z. B. v. Bar, Ger.S. Bd. 38 S. 267, 271; Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre 1890 S. 58; Kohlrausch S. 46; v. Liszt § 41 I; Lucas S. 80; Merkel, Lehrb. S. 68), welche das Dolus-Erfordernis der Kenntnis des Verbotenseins oder der Rechtswidrigkeit für zu gefährlich, ja für eine Unterwerfung des Staats unter den Willen des Verbrechers halten.

Nach alledem wird zu sagen sein: Wäre es richtig, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ein Erfordernis des dolus im geltenden Rechte ist, so müßte entweder in alle einzelnen gesetzlichen Tatbestände, welche Vorsatz erfordern, das Merkmal des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu ergänzen oder aber dieses Merkmal generell als Vorsatzmerkmal aufgenommen sein. Allein das Gesetz hat dieses Merkmal in die meisten gesetzlichen Tatbestände[3]) nicht eingesetzt und der § 59 ermutigt nicht dazu, die Einschaltung zu subintelligieren. Es existiert auch keine Begriffsbestimmung des Vorsatzes, welche besagte, daß ein böser Vorsatz nur vorliege, wenn

---

[1]) Vgl. auch das oben S. 15 von der Bedeutung des Strafbarkeitsirrtums für die Existenz einer Schuld Bemerkte.

[2]) Ob der Normentheorie diese logische Auslegungsmethode auch zur Seite steht, wenn sie den Satz: „ohne Normenkenntnis überhaupt keine Schuld, weil kein Pflichtbewußtsein“ ins Feld führt, wird unten zu untersuchen sein.

[3]) Ausnahme z. B. § 345 I StGB.; nicht auch die Paragraphen, welche nur das Wort rechtswidrig (Gegensatz: bewußt rechtswidrig) enthalten.

der Vorsatz auch einen Widerspruch des Täters mit einer Rechtspflicht (oder einer sittlichen, religiösen, häuslichen Pflicht) umfasse.[1])

Viel zu weit gehen aber Lucas S. 74, Bünger, Zeitschr. f. d. ges. StRW. 6, 645, indem sie es als circulus vitiosus betrachten, wenn man die Normwidrigkeit oder die Strafbarkeit zu den Verbrechensmerkmalen rechnet. Der behauptete Fehler liegt nicht vor. Vielmehr ist es eine petitio principii, wenn man etwa annimmt, weil das Merkmal des Verbotenseins (manchmal) nicht vor der Erlassung des Strafgesetzes existiert, könne es kein Merkmal sein, auf das nach der Erlassung des Gesetzes sich der Vorsatz des Täters zu erstrecken habe. Es ist auch nicht richtig, was Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit S. 392 behauptet, daß der Tatbestand nur das reale Substrat sei, welches der Abstraktion „Rechtswidrigkeit“ zu Grunde liegt. Es könne daher die Rechtswidrigkeit ein Merkmal des Tatbestandes sein. Denn der Tatbestand allein enthält überhaupt nicht das Merkmal des Verbotenseins. Dieses kommt entweder durch anderwärts niedergeschriebene Normen oder indirekt durch die Anfügung von Unrechtsfolgen an den Tatbestand zur Erscheinung. Fragt man nach den rechtlichen Begriffsmerkmalen einer konkreten Handlung, so gehört das etwaige Verbotensein doch sicherlich auch dazu. Fragt man aber gleich nach den Begriffsmerkmalen einer konkreten „strafbaren Handlung“, so wird das Merkmal ihrer Strafbarkeit (und somit auch des Verbotenseins) dadurch nicht etwa vernichtet; nur bedarf der Fragende bei der Antwort dieses Merkmals nicht mehr, weil er kund gegeben hat, daß er es nicht mehr zu erfahren braucht. Ein Verbrechenstäter aber besitzt, wenn er es ist, der an sich die Frage nach rechtlichen Merkmalen seiner Handlung stellt, noch nicht notwendig dieses Wissen um das Verbotensein. Also kann dasselbe sehr wohl ein Merkmal sein, welches nicht nur an sich existiert, sondern auch für ihn Interesse hat. Damit fällt aber die Argumentation von Lucas als Trugschluß in sich zusammen.[2])

---

[1]) Der Normentheorie bleibt aber immer noch ein gewichtiger Stützpunkt auch für die lex lata, wenn es ihr gelingt nachzuweisen, daß eine vorsätzliche Schuld ohne Kenntnis einer Pflicht, welcher zuwidergehandelt wird, logisch nicht konstruierbar ist. Denn auf den prinzipiellen Standpunkt bloßer Erfolgshaftung wollte sich der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts zweifellos nicht stellen. Dieses logische Argument, welches nicht mit einzelnen Sätzen des kodifizierten Rechts, sondern mit der Vernunft operiert, ist vorläufig noch offen gelassen.

[2]) Auch drei neuerliche Einwände Kohlrauschs (S. 45 f.) gegen die Normentheorie erscheinen als nicht durchschlagend. Kohlrausch bemerkt, die Normenkenntnis müsse im Sinne der Normentheorie in der Kenntnis der Schutznorm eines

Kann man die Lehre vom außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum und die Normentheorie mit dem positiven Rechte ebensowenig vereinigen wie die bereits früher besprochene Theorie von der Relevanz des Irrtums über das Strafgesetz, und die Theorie, daß relevant der

---

subjektiven Rechtes bestehen. Schutznorm sei für die Normentheorie aber nur das Gebot: Du sollst nicht unbotmäßig handeln. Nur ein solches Wissen dürfe die Normentheorie daher konsequenterweise verlangen, nicht auch Kenntnis der übertretenen Norm. Allein der Satz: „Du sollst nicht unbotmäßig handeln" kann erst wirksam werden durch Erlassung einzelner Normen. Sie erst sind die Schutznormen für die einzelnen Gegenstände rechtlichen Interesses. Mit ihrer Kenntnis ist dann auch das Bestehen eines staatlichen Rechts auf Botmäßigkeit ohne weiteres gegeben. Das Recht auf Botmäßigkeit kann also nur angegriffen werden vermittels vorsätzlichen Angriffs auf eine einzelne Norm, in welcher es sich verwirklicht. Es ist demnach nicht richtig, daß durch den bloßen Satz: Du sollst nicht unbotmäßig handeln, irgend ein Gegenstand rechtlichen Interesses zu einem geschützten (d. h. mit einer Schutznorm versehenen) wird. —

Kohlrausch erklärt des weiteren, die Normentheorie lasse im Stiche bei der Frage nach dem Wesen der verbotenen Handlung, welche das Wesen der straffähigen Handlung ausmache. Hier könne die Antwort unmöglich genügen, das Wesen derselben bestehe in ihrem Verbotensein; denn es könne doch dem Juristen nicht untersagt sein, seine Blicke über jene Grenze hinaus in das Gebiet der Soziologen hinüberschweifen zu lassen. Darauf ist zu erwidern, daß die Frage, worauf sich das Bewußtsein des Täters erstrecken muß, nichts zu tun hat mit einer von der Normentheorie durchaus nicht verworfenen kriminalpolitischen Würdigung, was „verbietungswürdig" sei. Was und warum der Gesetzgeber verbietet, sollen die Juristen gewiß sich klar zu machen suchen, aber der dem Gesetz unterworfene Täter weiß für seinen Vorsatz allerdings genug von der verbotenen Handlung, wenn er das Verbotensein eines bestimmten Tuns kennt. Es ist eine unbewiesene und unhaltbare Hypothese, zu behaupten, zu einer verbietungswürdigen Handlung könne man das Bewußtsein der Normenwidrigkeit nicht verlangen. § 345 I StGB. beweist für das positive Recht das Gegenteil, ohne daß man ihn als irrationell erachten müßte. Außerdem enthält das Erfordernis des Bewußtseins der Normwidrigkeit durchaus keinen Widerspruch zu dem Satze, daß die Kenntnis der Unrechtsfolgen nicht wesentlich für die Existenz eines Vorsatzes sei. (A. M. anscheinend Kohlrausch S. 46.) — Kohlrausch wendet endlich noch ein, das Bewußtsein der Normwidrigkeit sei da, wo Norm und Strafgesetz gleichzeitig entstünden, identisch mit der Kenntnis des Strafparagraphen. Wenn er damit generell eine Konfundierung des Bewußtseins der Strafbarkeit und des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit behauptet (vgl. Kohlrausch S. 47 N. 1), so kann dies nicht zugegeben werden. Denn für alle Fälle, wo die Norm dem Strafgesetz zeitlich vorausgeht, würde von vornherein der Vorwurf nicht zutreffen, und für die Fälle der gleichzeitigen Entstehung ist die Konfundierung um deswillen nicht vorhanden, weil der Täter das Strafgesetz nicht als solches, sondern nur seinen Normeninhalt hinsichtlich der Anwendbarkeit auf seine konkrete Tat zu wissen braucht, nicht aber die Unrechtsfolge, noch die Zugehörigkeit des Verbots zu einem bestimmten Paragraphen, noch endlich die Norm ihrem vollen Inhalte nach, soweit sie andere Handlungen mitumfaßt, als die vom Täter ausgeführte.

Rechtsirrtum dann sein soll, wenn der gesetzliche Tatbestand das Merkmal „rechtswidrig, unbefugt“ u. s. w. enthält, so versucht man seine Zuflucht immer wieder bei dem Satze, daß aller Rechtsirrtum irrelevant sei. Allein je mehr man sich die praktischen Ergebnisse zerlegt, desto unannehmbarer wird diese Annahme. Zu den bereits entschiedenen Fällen (vgl. insbes. die Beispiele oben S. 60) gesellen sich neue, welche einen solchen Rechtszustand als kaum erträglich erscheinen lassen würden. So wäre z. B. ein Käufer, der in gutem Glauben daran, daß der Übergang des Eigentums bereits stattgefunden hat, die gekaufte Sache in unerlaubter Eigenmacht dem rechtswidrig sie vorenthaltenden Käufer gewaltsam entreißt, eines Verbrechens des Raubes schuldig. Ein Schuldner, der beim Offenbarungseid ein Vermögensstück nicht angibt in dem Irrtum, dasselbe sei ausgenommen von der Verpflichtung zur Angabe, wanderte wegen Meineids ins Zuchthaus und ein Radfahrer, der ahnungslos auf verbotener Straße fährt, auf welcher das Fahren durch ortspolizeiliche jedoch im Augenblick der Tat nicht sichtbare Vorschrift verboten ist, hätte gleichwohl eine Übertretung und zwar vorsätzlich verübt, da § 59 ja nicht zutrifft.

Um solchen Ergebnissen zu entrinnen, winkt aber noch ein anderer Ausweg, der von verschiedenen Seiten betreten wurde. Man suchte vermittels eines geforderten Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit oder vermittels einer geforderten Möglichkeit solchen Bewußtseins zu einem befriedigenden Ziele zu gelangen.

M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung, S. 114, verlangt zur Bestrafung wegen Vorsatzes ein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, das er aus § 59 ableitet, weil Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes bei unverschuldeter Unkenntnis nicht zugerechnet werden sollen. Dagegen spricht, daß der § 59 durchaus nicht sagt, daß nur verschuldete Unkenntnis überhaupt zugerechnet oder doch nur sie zum Vorsatz zugerechnet werden soll. Insbesondere enthält Absatz II des § 59 keine Silbe davon, daß zum Vorsatz Verschuldung der Unkenntnis erforderlich sei, wenn er zur Bestrafung fahrlässiger Delikte eine durch Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis für genügend erklärt. Hierin liegt nur, daß die Unkenntnis von Tatumständen eine fahrlässige, also eine verschuldete sein kann und dann möglicherweise ein fahrlässiges Delikt begründet. Daß die Verschuldung irgend welches Pflichtbewußtsein voraussetze, wird also nicht einmal für die fahrlässigen Delikte verlangt. Gegen M. E. Mayer auch Kohlrausch S. 17 N. 1. In „Rechtsnormen und Kulturnormen“,

1903, S. 72 f. verlangt M. E. Mayer[1]) das Bewußtsein, verpflichtet zu sein. Dieses sei identisch mit Kenntnis der Kulturnormen; denn diese seien es, welche dem Individuum seine Pflichten auferlegen und bekannt geben. Kulturnormen sind bei M. E. Mayer (S. 17) der Sammelname für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle Forderungen des Verkehrs und Berufs an das Individuum herantreten. M. E. Mayer meint, wenn das Postulat „keine Strafe ohne Schuld" nicht zur Phrase herabsinken solle, dann müßten wir festhalten an dem Satze: Wer sich keiner Verpflichtung bewußt ist, kann sie auch nicht schuldvoll verletzen (S. 77). Schuldhaft ist eine Handlung nach M. E. Mayer, wenn von ihr der Satz gilt, sie ist eine pflichtwidrige Willensbetätigung, die einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat. Subjektiv pflichtwidrig aber ist ihm eine Handlung, wenn es dem Täter mindestens möglich gewesen ist, seine Pflichtwidrigkeit zu erkennen. Auch gegen diese Ansicht M. E. Mayers bestehen starke Bedenken. Es wird dadurch dem Vorsatzbegriff ein Fahrlässigkeitsmoment zugesellt. Der strafrechtliche Vorsatz ist dann nicht mehr reiner Vorsatz, sondern Vorsatz in Bezug auf die sinnfälligen Ereignisse plus mindestens fahrlässige Unkenntnis der Kulturnormen. Für diesen Zwitterbegriff fehlt zunächst die Stütze aus dem geltenden Recht. Es stehen ihm aber auch sachliche Bedenken entgegen: weshalb soll die Unkenntnis der Pflicht minderwertig sein gegenüber der Unkenntnis der sinnfälligen Ereignisse, wenn es sich um vorsätzliche Schuld handelt. Psychologisch sind beide Irrtumsobjekte gleichwertig, sobald man sich überhaupt auf den m. E. richtigen Standpunkt stellt, daß der vertiefte, reine Schuldbegriff für das Recht in der subjektiven Pflichtwidrigkeit besteht. Außerdem ist es nicht richtig, daß das Bewußtsein, verpflichtet zu sein, *identisch* ist mit der Kenntnis der sogen. Kulturnormen. Denn die Gesetze können auch äußerst positiv rechtlich sein, d. h. ohne Zusammenhang mit Forderungen der sogen. Kulturnormen; z. B. Steuergesetze, Polizeigesetze, Grenzgebiete von Eigentums- oder Freiheitsdelikten. Wenn ferner M. E. Mayer zwar die Kenntnis der Kulturnormen aber nicht der Rechtsnormen fordert, so ist nicht einzusehen, warum die Rechtsnormen für den Standpunkt des Rechtswillens nicht mindestens gleichberechtigt neben die anderen Normen, z. B. die religiösen, moralischen, die Verkehrsnormen, treten dürften. Das Recht muß doch in erster Linie *seine* Normen als eine maßgebende Verpflichtungsquelle ansehen. Die Unkenntnis der

[1]) unter ausdrücklicher Modifikation seiner früheren Ansicht (vgl. S. 114).

Rechtsnorm kann höchst schuldhafterweise bestanden haben, z. B. der Täter beachtet eine auffallend angeschlagene Warnungstafel nicht, ohne daß es sich um Unkenntnis von Kulturnormen handelt.[1])

Büngor, Zeitschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 6, 291 verlangt im allgemeinen keine Rechtskenntnis, sondern es genügt ihm das im Bewußtsein des Menschen vorhandene Sittengesetz. Das Vorhandensein des durch dasselbe hervorgerufenen Pflichttriebs ist bei jedem normal veranlagten und zurechnungsfähigen Mitglied derjenigen menschlichen Gesellschaft, deren sittlichem Standpunkte das geltende Strafgesetz wirklich entspricht (dies soll bei den meisten unserer Strafgesetze der Fall sein) vorauszusetzen. Soweit ausnahmsweise unseren Strafgesetzen solche Normen nicht vorausgehen oder sofern in dem einzelnen Fall nicht vermutet werden kann und nicht erwiesen ist, daß sich der Täter der Norm bewußt gewesen ist, kann von einem vorsätzlichen Vergehen nur unter der Voraussetzung, daß dem Täter das Strafgesetz bekannt war, die Rede sein (S. 343, 344). — Die Büngersche Theorie steht hinsichtlich ihres Regelsatzes auf einer Doluspräsumtion. Nicht das tatsächliche Bewußtsein des Täters ist ihr entscheidend, sondern das Vorausgesetzte, und ganz ohne Rücksicht auf seine persönliche Urteilsfähigkeit kommt dem Täter das ausnahmsweise Erfordernis der Kenntnis des Strafgesetzes zu gute, wenn nämlich das Strafgesetz nicht dem sittlichen Standpunkte des betreffenden Volkes entspricht. (NB. nicht bloß Kenntnis der Normwidrigkeit, sondern Kenntnis des Strafgesetzes wird von Bünger bei Vorliegen des Ausnahmsfalles verlangt.) Ganz abgesehen davon, daß für diese sehr bedenkliche Theorie nicht der leiseste Anhaltspunkt im geltenden Recht zu finden ist, wodurch kann man denn diesen angeblichen Einklang mit dem Sittengesetz feststellen? Soll der Richter vor der Anwendung eines jeden Strafgesetzes sich die Frage nach dem sittlichen Werte eines Strafgesetzes und seiner Beurteilung im Volke etwa ausgereift beantwortet haben? Sind überhaupt die Einzelnormen der Ethik etwas so untrüglich Sicheres, daß man sie in allen Einzelfällen den Normen des Rechts als etwas gemeingültig Feststehendes gegenüberstellen kann? Der Gesetzgeber wird diese Fragen kaum je im Sinne der Büngerschen Theorie beantworten wollen.

Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 135 vermeidet die bisherigen Argumentationen. Er führt aus, Tatumstände seien

[1]) Der weitere Einwand, daß es nicht richtig ist, eine jede Schuld zu leugnen bei Unkenntnis jeder Verpflichtung, scheidet auch hier vorläufig aus.



nicht gleich Tatsachen. Aus dem Ausdruck Tatumstände könne daher kein Gegensatz gefolgert werden etwa zu Rechtssätzen oder zu einem allgemeinen Verbrechensmerkmal, nämlich dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Ohne Kenntnis der ethisch-rechtlichen Qualifikation reiche das Bewußtsein der tatsächlichen Momente nicht aus zur schärferen Strafbarkeit des dolus gegenüber der Fahrlässigkeit. — Die Bedeutung des Ausdrucks Tatumstände etc. im Jahre 1870 war kaum diejenige, welche Liepmann sich denkt (vgl. oben S. 65 f.). Allerdings sind sie nicht gleich Tatsachen schlechtweg, sondern gleich Tatsachen, welche durch ein Verbrechen geschaffen wurden oder Bedingungen für dessen Entstehung bildeten. Dazu kommt, daß, wenn man unter Tatumständen mit Liepmann nicht nur Tatsachen, sondern auch Normen und Begriffe versteht, zunächst die Normen und Begriffe des Rechts darunter zu subsumieren wären, nicht aber ein von der konkreten Norm ganz absehendes, vielleicht nur auf ethisches Gefühl basiertes Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, welches nach Liepmann S. 134 ebenfalls genügen würde. Endlich ist der zur Rechtfertigung der Notwendigkeit eines solchen Bewußtseins in einem auf Schuld aufgebauten Strafrecht vorgebrachte Satz: „nur die Kenntnis der ethisch-rechtlichen Qualifikation könne die strengere Beurteilung eines vorsätzlichen Deliktes gegenüber einem fahrlässigen rechtfertigen“ bloß de lege ferenda beachtlich. Der Vorsatz bringt übrigens möglicherweise auch die Kenntnis einer bewirkten Disharmonie, welche bei der Fahrlässigkeit stets fehlt. De lege lata ist jener Satz außerdem doppelt zweifelhaft. Denn einmal ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber von 1870 ihn ebenfalls erwogen hat, sodann läßt sich ein Vorsatz im Einklang mit einem freilich noch unvollkommenen Schuldbegriff auch konstruieren, wenn der Täter sein Tun nicht in Relation zur Ethik oder zum Rechte gestellt hat. Endlich ist das Recht nicht genötigt, auf die Ethik Rücksicht zu nehmen; es bedürfte daher einer eingehenden Widerlegung, warum das Recht nicht ein Bewußtsein der von ihm akzeptierten Normen und zwar bloß dieses verlangt.

Die an den letztzitierten Satz Liepmanns angeknüpften Erwägungen gelten auch gegen die Theorie Hälschners. Hälschner (Gem. deutsches Strafrecht I 253 f.) verlangt ein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, das sich von der Normenkenntnis der Normentheorie dadurch unterscheidet, daß einerseits die konkrete Norm, welche übertreten wird, nach ihm nicht gekannt sein muß, andrerseits eine Normenkenntnis, welche ein Pflichtbewußtsein nicht erzeugt, nicht

genügt (S. 255 N. 1). Zur Begründung gibt Hälschner an, daß wider das Recht nur die aus schuldhaftem Willen entsprungene Handlung streite und schuldhaft nur der wider die erkannte Pflicht sich Bestimmende handle. Ähnliche Argumentation schon bei Heinze, Ger.-Saal Bd. 13 S. 437 f.

Kohlrausch S. 33 operiert zum Beweis des auch von ihm geforderten Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit mit dem Umstande, daß das StrGB. Werturteile abzugeben beabsichtigte über bestimmte Willenshandlungen und nicht bloß bei einer Bewertung des Erfolgs stehen bleiben wollte. Dann könne dieser Bewertung nur die Frage zu Grunde gelegt werden, ob der Täter, welcher wußte, was er tat, auch wußte, daß er das nicht tun durfte. Auch hierbei leuchtet nicht ein, warum das Recht nicht Kenntnis der Rechtsnorm (also die Normentheorie), sondern eine davon zu unterscheidende Kenntnis der Pflichtwidrigkeit sollte gefordert haben. Es ist auch hier unbewiesen, daß ein ungünstiges Werturteil über eine Willensrichtung bei einer Tat voraussetzt, daß die Kenntnis der Pflichtwidrigkeit bestand.

Heitz, Das Wesen des Vorsatzes, Diss. 1885 S. 34 (u. ähnlich Simon, Ger.Saal Bd. 32 S. 431) verlangt die Fähigkeit, den aus den Tatumständen sich herleitenden, in der Sittlichkeit, Gefährlichkeit oder Rechtswidrigkeit sich ergebenden besonderen Strafgrund im Einklang mit den Anschauungen des Volkes und dem Urteile des Gesetzgebers zu erkennen, da dies Bestandteil der Zurechnungsfähigkeit sei. Allein, wenn diese Fähigkeit bei einer aus den Umständen nicht ohne weiteres erkennbaren Norm, z. B. einem lokalen Polizeigesetz, im Einzelfalle fehlt, kann doch deswegen nie von Unzurechnungsfähigkeit gesprochen werden. Der Begriff der Zurechnungsfähigkeit bekommt nach jener Theorie ein fremdes Merkmal, das der wörtlichen Bedeutung, der geschichtlichen Überlieferung, sowie der ratio legis völlig widerspricht. Nur auf Grund eines unmotivierten Gedankensprungs kann man behaupten, daß aus § 56 StGB. zu entnehmen sei, das positive Recht wolle nur bei Bestehen einer solchen Möglichkeit oder einer solchen Einsicht von Zurechnungsfähigkeit gesprochen wissen.

Merkel will das von ihm aufgestellte Erfordernis der Möglichkeit, den Widerspruch seines Verhaltens mit einer Pflicht zu erkennen, ebenfalls aus § 56 beweisen (S. 68). Hammerer, Rechtsirrtum, S. 36 f. leitet aus § 56 das Erfordernis des Bewußtseins der Normwidrigkeit ab. — Allein mit Recht hat schon Binding (Normen 2, 466) ausgeführt, daß § 56 nicht vom Dolusinhalt, sondern von den Erforder-

nissen der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher handelt. Daß die hiefür geforderte Verstandesreife nicht identisch ist mit dem tatsächlichen Bewußtsein der Rechtswidrigkeit leuchtet ein, ganz abgesehen davon, daß das gleiche Erfordernis damit nicht auch für die Zurechnungsfähigkeit Erwachsener aufgestellt ist. (Vgl. auch das oben S. 14 gegen Ortmann Bemerkte.)

Gegen alle Theorien, welche auf dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit fußen, gilt aber der Satz, den schon Lucas hervorgehoben hat (S. 83), daß „das Strafrecht als solches es nur mit Rechtspflichten zu tun hat". „Jeder Pflichtenkreis gehört einem anderen moralischen Gebiete an, und es gehört schon eine weite Ausdehnung des Begriffes der Sittlichkeit dazu, um sie in diesen Gesamtbegriff einzubeziehen." Der Begriff der Pflicht ist also, sofern nicht bloß eine Rechtspflicht darunter verstanden wird, zu unbestimmt, zu wenig juristischer Natur. Einen allgemein gültigen Kodex der ethischen Normen gibt es nicht. Selbst bei denjenigen ethischen Normen, welche als solche von den herrschenden Klassen anerkannt sind, kann es sehr wohl sein, daß andere Klassen, ja, auch Angehörige der anerkennenden Klasse, dieses ethische Pflichtbewußtsein nicht besitzen. Fanatiker, Anarchisten und andere Revolutionäre aller Art können dieses oder jenes als ihre Pflicht ansehen, was die herrschende Meinung als unethisch verwirft. Daher enthielten verschiedene frühere Strafgesetze, z. B. Thür. StGB. v. 1850 Art. 63; Sächs. StGB. v. 1855 Art. 95; Bayer. StGB. v. 1861 Art. 70 die aus dem Bayer. StGB. v. 1813 Art. 39 stammende Bestimmung, daß die Meinung, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, die Strafbarkeit nicht ausschließe. Wenn man einen derartigen Satz in das Norddeutsche StGB. nicht aufnahm, so geschah dies sicher nur deshalb, weil man seinen Inhalt für selbstverständlich hielt, nicht etwa, weil der Gesetzgeber hier der ethischen oder religiösen Überzeugung einen Einfluß auf die Frage, ob gestraft werden könne, einräumen wollte, sei es auch nur für den Fall gleichzeitiger Rechtsunkenntnis.

Kohler, Studien aus dem Strafr. I 72 nimmt an, rechtliche Apathie wirke nicht strafausschließend, wohl aber die auf ernstliche Gründe gestützte bona fides, sich nicht gegen das Recht zu wenden. Darnach ist zwar kein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefordert, aber das positive Bewußtsein fehlender Rechtswidrigkeit schließt, wenn dafür ernsthafte Gründe angenommen werden, die Schuld aus. Verfolgt man diese Idee weiter, d. h. setzt man für den Begriff der

„ernstlichen Gründe" das Erfordernis, daß der Täter Gründe angenommen habe, welche nach dem im einzelnen Strafgesetz ausgedrückten Willen des Gesetzgebers die Schuld an der Tatbestandserfüllung benehmen, so gewinnt man den Schlüssel zu der als richtig anzusehenden Auslegung des geltenden Rechts. Nur sind die Fälle damit noch nicht berücksichtigt, in welchen das Gesetz positives Wissen der Rechtswidrigkeit verlangt, in welchen also zur Schuldausschließung Rechtsunkenntnis genügt, rechtsirrige Annahme von Unrechtausschließungsgründen (Irrtum i. e. S.) nicht erforderlich ist.

Es erübrigt nunmehr, einen den letztbesprochenen Theorien mit der Normentheorie teilweise gemeinsamen Stützpunkt zu prüfen, nämlich die Annahme, eine vorsätzliche Schuld lasse sich überhaupt nur konstruieren, wenn der Täter den Widerspruch seines Handelns mit einer Norm (des Rechts oder der Ethik) erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat. Wäre die Annahme richtig, so müßte das geltende Recht, welches ersichtlich (vgl. z. B. §§ 51, 54, 227 StGB.) eine Verschuldung zur prinzipiellen Voraussetzung der Bestrafung macht, entweder durch § 59 sein Verschuldungsprinzip unbegreiflicherweise gerade in einem der wesentlichsten Punkte aufgegeben oder aber gewollt haben, daß dem Ausdruck „Tatumstände" in § 59 eine Bedeutung aufgezwungen wird, welche weder historisch noch sprachlich gerechtfertigt ist. Die Annahme kann indessen nicht für richtig erachtet werden. Denn es gibt zahlreiche Strafgesetze, deren tatsächliche Merkmale der Täter, auch wenn er von Ethik und Recht nichts kennt, nicht erfüllen kann, ohne sich einer Disharmonie zwischen seinem Tun und den geordneten Verhältnissen, in denen er lebt, bewußt zu werden. Er braucht dann nur die tatsächlichen Voraussetzungen des Delikts, nicht auch die Norm erkannt zu haben. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, körperlich mißhandelt, einsperrt, verleumdet, eine fremde Sache zerstört, vor Gericht die Unwahrheit sagt, von einer gefälschten Urkunde zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, eine ausländische Regierung zum Kriege gegen das Vaterland veranlaßt, anvertraute Geschäftsgeheimnisse seines Arbeitgebers einem Konkurrenten desselben heimlich mitteilt, wird, wenn er nicht die tatsächlichen Voraussetzungen eines Unrechtausschließungsgrundes für gegeben annimmt, wohl in den meisten Fällen einer Disharmonie mit dem, was andere Menschen tun, bewußt. Er erkennt insbesondere die Schädlichkeit der Wirkungen seines Tuns auf andere, d. h. daß er auf andere in einer Weise einwirkt, welche geeignet ist, fremde Interessen, welche sonst meist

beachtet werden, zu verletzen. In anderen Fällen eines Zuwiderhandelns gegen Normen liegt es für den Täter bei Anwendung der im Verkehr üblichen Aufmerksamkeit nahe, sich die Erkenntnis einer solchen Disharmonie zu verschaffen. Die bewußte oder aus Unachtsamkeit unbewußte Nichtberücksichtigung von verursachten Disharmonien kann man bereits als eine Schuld anrechnen (d. h. zum Vorwurf machen), so daß die vorsätzlich herbeigeführten Ereignisse oder Zustände dann einen Schuldzusatz erhalten, dessen Bedeutung auch von der Art der Handlung abhängig ist. Es geht also zu weit, bei allen Delikten des geltenden Rechts eine Schuld nur für denkbar zu erklären, wenn der Täter außer den unmittelbaren tatsächlichen Folgen sich auch den Kontrast zu einem Gebot klar gemacht hat.[1]) Stellt sich ein Gesetzgeber auf den prinzipiellen Standpunkt, daß als Verschuldung bereits die naheliegende Erkenntnis der durch die vorsätzliche oder fahrlässige Handlung verursachten Disharmonie genügt und Normenkenntnis nicht erforderlich ist, so hat er die nähere Grenzziehung noch ganz in der Hand, wann er ein Naheliegen der Erkenntnis verursachter äußerer Disharmonie (sei es auch vermittels des Naheliegens einer Normerkenntnis) annehmen will. Es ist solchenfalls zuzusehen, was er im allgemeinen Teil oder bei den einzelnen Verbrechen darüber verfügt hat, wann eine solche Schuld (d. h. mindestens Nichtkenntnis einer naheliegenden Disharmonie, die der Täter bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Tun verursacht) als vorhanden oder nicht vorhanden anzusehen ist. — Es läßt sich aber trotz der Annahme, daß bereits eine wirkliche Schuld ohne Normenkenntnis möglich ist, die Frage aufwerfen, ob nicht vom Standpunkte einer vertieften Schuldlehre, die von leicht sich einschleichenden Präsumptionen einer Unachtsamkeit gereinigt wird, der strafrechtliche Schuldbegriff dahin zu verengern ist, daß man allgemein ein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit fordert, wo die Strafe der vorsätzlichen Begehung (= der vorsätzlichen Normübertretung) eintreten soll. Über diesen gerechtfertigten Kern der Theorien, welche das Bewußtsein der Normwidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit oder die Möglichkeit eines solchen fordern, vgl. unten.

Nach den bisherigen Ausführungen haben die besprochenen Theorien nicht den richtigen Ausweg geboten, um den Konsequenzen des Satzes, daß Rechtsirrtum im geltenden Rechte irrelevant sei, auszuweichen. Da aber die Annahme in einem auf dem Schuld-

---

[1]) A. M. hierin Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums S. 5 f.

erfordernis aufgebauten (vgl. S. 77) weitverzweigten Strafrecht unannehmbar ist (vgl. auch S. 71), daß er ausnahmslos gelte, so wird man damit von selbst auf das in dieser Schrift befolgte Prinzip gedrängt, zuzusehen, welche Ausnahmen von dem Satze des § 59 das geltende Recht anerkannt hat, bei denen es im Falle eines Rechtsirrtums ausnahmsweise eine Schuld nicht als gegeben ansieht.

Es ist also zu fragen: Wann hält der Gesetzgeber, der noch nicht auf dem Boden der Ansicht steht, ein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit zur Schuld zu fordern, eine Erkenntnis oder auf Unachtsamkeit beruhende Nichterkenntnis durch die Tat verursachter Disharmonien, die ihm genügt, nicht mehr für vorliegend. Man wird dann hierher diejenigen Fälle zählen, wo nach den Anschauungen des Verkehrs die Erkenntnis der Disharmonie zwischen dem Tun des Täters und den vom Gesetzgeber nicht gewollten Wirkungen desselben hinsichtlich ihrer nicht gewollten Eigenschaften schlechterdings nicht erwartet werden kann,[1]) wo also eine Unachtsamkeit bei der Nichterkenntnis nicht konstruiert werden kann, ferner diejenigen Fälle, bei welchen der Gesetzgeber durch die Art seiner Tatbestandsformulierung oder Strafsanktion im einzelnen zu erkennen gegeben hat, daß die Erkenntnis einer Disharmonie erst durch die Erkenntnis von Rechtsbegriffen oder sogar des Verbotenseins erzeugt wird. Diese Fälle auszuscheiden ist oben unter III 1—5 unternommen worden.

Es verlohnt sich, das Ergebnis des Vorgetragenen mit einigen besprochenen Theorien zu vergleichen.

Daß es bei jedem einzelnen Verbrechen nötig wird, die verschiedenen gesetzlichen Merkmale ihrer Stellung im System, ihrem Zusammenhange, ihrer Entstehungsgeschichte und ihrer rechtlichen Natur nach daraufhin zu prüfen, ob ihr begriffliches Gegebensein zum vorausgesetzten Dolusinhalt gehört, darauf läuft im wesentlichen auch die Theorie v. Bars hinaus, welche wie erwähnt (vgl. S. 20 oben) dahin geht, daß der Rechtsirrtum im Strafrecht prinzipiell unbeachtlich sei, daß indessen die besondere Natur einzelner Delikte eine Ausnahme begründen könne, wenn darnach entweder eine auf Verletzung eines bestimmten Rechtsverhältnisses gerichtete Absicht oder aber ein Handeln gefordert werde, welches von der Wissenschaft des Beschuldigten umfaßt wird, daß er das Strafgesetz verletze. Von selbst verstehe sich dies nicht. Es sei vielmehr bei

[1]) Beispiel: Der fremde Radfahrer, der arglos auf verbotener Straße fährt, ohne daß ein lokales Verbot angeschlagen wäre.



jedem einzelnen Delikt durch besondere Untersuchung festzustellen. Vgl. auch v. Bar, Ger.Saal 38 S. 274.

Auch mit der Auffassung Merkels ist das Vorgetragene verwandt. Merkel verlangt S. 66, 67, daß der Täter vermocht habe,[1]) aus der Verwirklichung eines der Tatbestandmerkmale den Rückschluß darauf zu ziehen, daß sein Verhalten pflichtwidrig erscheine, und führt zur Veranschaulichung aus, bei Diebstahl, Betrug, Mord, Notzucht etc. müsse der Täter notwendig die Bedeutung dieser Handlung für die Interessen anderer sich vorstellen oder doch bis an die Schwelle seines Bewußtseins bringen, während dies bei anderen Delikten, z. B. dem Befahren eines verbotenen Weges, bei welchem das Verbot nicht angeschlagen ist, wegfalle. Auch er scheidet also von der allgemeinen Regel Delikte aus, bei welchen die von ihm geforderte Möglichkeit nicht besteht, und setzt bei diesen anscheinend voraus, daß in Ermangelung besonderer Umstände, welche dem Täter die Pflicht klar machen mußten (z. B. spezielle Kundgabe der Pflicht), vorsätzliches Handeln nicht vorliege. Merkel unterscheidet sich von dem Vorgetragenen aber insbesondere darin, daß er als Kriterium für diejenigen Fälle, bei welchen mit der Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der erforderliche Vorsatzinhalt noch nicht gegeben ist, das kaum feststellbare Merkmal der Möglichkeit einer Pflichtwidrigkeitserkenntnis setzt, ein Merkmal, das er zu Unrecht aus § 56 u. 59 StGB. entnehmen will. Abgesehen davon, daß die Pflichtenquelle eine verschiedenartige sein kann und es sich für das Recht im Zweifel nur um die Erkenntnis von Rechtspflichten, also um das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit handelt, ist nach Merkel das Vorliegen jener Möglichkeit bei jeder konkreten Tat eines konkreten Täters zu prüfen, während nach dem geltenden Rechte nur dafür Anzeigen vorliegen, daß das Gesetz bei einzelnen seiner Tatbestände, bei diesen aber für jeden Begehungsfall, den Dolus nur im Falle der Erkenntnis bestimmter Rechtsbegriffe oder Rechtsverhältnisse für gegeben ansieht. Das Gesetz nimmt den von ihm für gemeinschädlich und für strafbar gehaltenen Handlungswillen bei manchen Delikten nur dann an, wenn der Täter einen Rechtsbegriff oder ein Rechtsverhältnis, z. B. das Verbotensein, richtig erkannt hat. Dagegen ist nirgends ersichtlich, daß das Gesetz das Vorliegen des von ihm geforderten Vorsatzinhaltes abhängig sein läßt von den subjektiven geistigen Fähigkeiten des einzelnen Täters oder von den

---

[1]) So im wesentlichen auch schon Gessler, Ger.Saal 10 S. 342.

Umständen des Einzelfalles. Nicht auf die Schuldhaftigkeit der mangelnden Pflichtkenntnis im Einzelfall kommt es also nach dem Gesetze an, sondern darauf, ob zum Schuldinhalt eines gesetzlichen Tatbestandes die Erkenntnis von Begriffsmerkmalen oder direkt des Verbotenseins gehört. Dagegen vermag, wo man diese Frage bejahen muß, Motiv der Bejahung allerdings der etwaige Umstand sein, daß generell bei einem bestimmten gesetzlichen Tatbestand die Erkenntnis schädlicher Wirkungen oder der Verursachung einer sonstigen Disharmonie schlechterdings niemanden von selbst zugemutet werden kann und daß daher das Gesetz nur für den Fall der Erkenntnis oder fahrlässiger Nichterkenntnis einer Rechtspflicht oder eines Rechtsbegriffs Vorsatz oder Fakrlässigkeit als vorliegend ansehen wollte.

Vergleicht man die gefundenen Sätze mit der Theorie, wonach überall das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich ist, wo der Tatbestand eines Delikts Ausdrücke wie „unbefugt, rechtswidrig, wissentlich" enthält, so ist einzuräumen, daß auch hier das richtige Empfinden zu Grunde liegt, nämlich daß man in bestimmten Fällen mit dem Wissen von den Tatumständen (d. h. also von den Tatsachen, welche ein Tatbestand vorsieht) nicht auskommen kann. Andrerseits leuchtet ein, daß das Kriterium der Aufnahme des Ausdrucks „unbefugt, rechtswidrig" zu äußerlich ist. Seine Aufnahme hängt nicht mit der Frage des Vorsatzinhaltes zusammen. Durchaus nicht in allen Fällen seines Vorkommens,[1]) insbes. nicht bei bloßen Wendungen: Wer unbefugt dieses oder jenes tut, entschuldigt ein auf Rechtsauslegung beruhender Glaube an eine Erlaubnis.[2]) Andrerseits nicht nur in Fällen wo der Begriff der Rechtswidrigkeit im Tatbestande verwertet ist, wie z. B. in § 346 StGB., kommen Begriffe

---

[1]) Vgl. die Aufzählung bei Lucas S. 90 V. 2.

[2]) Näheres hierüber oben S. 9 f., 24 f., 39 f. In Konsequenz der gegnerischen Ansicht müßte man z. B. folgende Fälle des Irrtums für relevant erklären: Die irrige Annahme, man dürfe sich auch durch Täuschung, welche eine Vermögensdisposition des Getäuschten veranlaßt, einen Vermögensvorteil verschaffen (§ 263 verlangt die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen); die irrige Annahme, man dürfe einen Dienstboten einsperren, wenn er böswillig davonlaufen will (§ 239 bestimmt: wer vorsätzlich oder widerrechtlich einen Menschen einsperrt); die irrige Annahme (oder die Ungewißheit darüber) eines Verteidigers oder Arztes, er dürfe beruflich anvertraute Privatgeheimnisse mitteilen (§ 300 spricht von Rechtsanwälten, Verteidigern, Ärzten, welche unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind).

vor, deren Gegebensein der Täter gekannt haben muß, um nach der Absicht des Gesetzes vorsätzlich den Tatbestand erfüllt zu haben. Z. B. ein Postbeamter eröffnet in einem Falle Briefe in der auf irriger Rechtsauslegung beruhenden Annahme, daß dieser Fall der Eröffnung im Gesetze vorgesehen sei, § 354; jemand zerstört irgend ein zur Sicherung der Schiffahrt bestimmtes Zeichen, indem er irrig glaubt, Zeichen dieser Art seien nicht zur Sicherung der Schiffahrt bestimmt, § 322; jemand gibt auf der Fahrbahn ein falsches Signal in irriger Auslegung der Signalordnung, § 315; ein Dienstaufsicht führender Beamter läßt wissentlich eine Amtshandlung eines Unterstellten zu, weiß aber nicht, daß sie strafbar ist, etwa weil ihm dessen Dienstesinstruktion nicht zugegangen ist, oder er veranlaßt ihn vorsätzlich zu einer solchen Handlung in gleicher Unkenntnis, § 357. —

Die Kritik des geltenden Rechtes läßt sich dahin zusammenfassen: Der Gesetzgeber hat in § 59 StGB. keine ausnahmslos für alle seine Tatbestände gültige Regel aufgestellt, er hat uns vielmehr in Gemäßheit seines regelmäßigen Willens, nur schuldhafte Handlungen zu bedrohen, bei jedem einzelnen Deliktstatbestand die Prüfung nicht erspart, ob die einzelnen Tatbestandsmerkmale schon dann vorsätzlich erfüllt sind, wenn der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen ihres Gegebenseins gekannt hat, oder ob das von ihm vorausgesetzte Delikt seiner rechtlichen Natur nach erst dann vorliegt, wenn der Täter auch das Gegebensein bestimmter Begriffe oder Rechtsverhältnisse als solcher erkannt hat. Die Untersuchung aller einzelnen Tatbestände des geltenden Strafrechts daraufhin ist in erster Linie Sache der Handbücher und Kommentare. Die leitenden Gesichtspunkte für einen solchen Willen wurden an der Hand von Beispielen aus der reichsgerichtlichen Judikatur in Teil III oben entwickelt.

V.

Die Erörterung ob dieser geltende Rechtszustand auch den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit an eine strafwürdige Schuld des Täters genügt (also die Behandlung des Problems de lege ferenda), wird zweckmäßig einzuleiten sein mit einem Überblick über die Entwickelungsgeschichte des Problems in der Gesetzgebung und Literatur.[1]) Daran schließe sich eine Umschau im ausländischen Rechte der Gegenwart.

---

[1]) Die Entstehung des im geltenden Rechte zum Ausdruck gekommenen Rechtswillens bedarf keiner Erörterung an dieser Stelle, weil die für die Auslegung

1.

Daß das römische Recht zu einer klaren Auffassung über die Behandlung des Rechtsirrtums im Strafrecht gekommen sei, wird schwerlich zu erhärten sein. Den feinen Distinktionen von Savigny, System des röm. Rechts, Bd. 3 S. 388 f.[1]) gegenüber vertritt Binding, Normen, Bd. 2 S. 312—337, die Ansicht, daß dolus malus stets ausgeschlossen war, wo die Römer Rechtsirrtum annahmen. Hierüber hat sich wiederum ein lebhafter Streit entsponnen. Vgl. Kahn S. 9 N. 3 und dazu etwa noch v. Bar, Ger.S. Bd. 38 S. 273; Löffler, Schuldformen des Strafrechts Bd. 1 S. 273; v. Wächter, Vorles. S. 151, 155; Lucas S. 67; Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre S. 73—91. Große Wahrscheinlichkeit hat die Ansicht von Pernice, Labeo Bd. 2 S. 51 (1. Aufl.) für sich.

Ihr im wesentlichen folgend wird zu sagen sein. Im allgemeinen wurde der dolus nicht ausgeschlossen durch Unkenntnis einzelner Bestimmungen. Dieser Satz ist teils allgemein (vgl. l. 9 pr. D. 22, 6), teils in Einzelanwendungen ausgesprochen (vgl. l. 15 pr. D. 48, 10; l. 11, § 4 D. 3, 2; l. 2 D. 22, 6). Aus l. 16, § 5 D. 39, 4; l. 15 pr. D. D. 48, 10 geht hervor, daß auch bei Delikten, die nicht zu den delicta iuris gentium gehören (z. B. bei Übertretung der Zollgesetze) die Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums vorkommt.

Andrerseits finden sich verschiedene Stellen, welche zeigen, daß in einigen besonderen Fällen Rechtsunkenntnis von Strafe befreite. Dazu gehören besondere Eigenschaften des Täters: imperitia, rusticitas (l. 7 § 4 D. 2, 1; l. 3 § 22 D. 29, 5), weibliches Geschlecht in manchen Fällen (l. 9 pr. D. 22, 6; l. 39 § 2 D. 48, 5), Minderjährigkeit (l. 39 § 4 D. 48, 5; l. 9 pr. D. 22, 6), Soldateneigenschaft (l. 5 C. 9, 23), bei dem letzteren Grunde in der Form, daß der Kaiser sich Begnadigung vorbehielt propter errorem. (Daß dieser Fall der Begnadigung eines Soldaten nicht nur in einem einzigen Falle stattfinden sollte, sondern mehr den Charakter eines fakultativen Strafmilderungsgrundes hatte, beweist l. 3 C. 9, 23).

---

der geltenden Idee Bedeutung habenden geschichtlichen Momente bereits bei der Entwickelung des herrschenden Rechtszustandes darzustellen waren.

[1]) Savigny unterscheidet für das römische Recht bereits zwischen Delikten, zu deren Begriff und Tatbestand das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört, und solchen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Er teilt ferner den Rechtsirrtum ein in einen Irrtum über das Strafgesetz und in sonstigen Irrtum über die Strafbarkeit der Handlung (d. h. über ihre strafbare Natur). Der letztere schließe den dolus stets aus, der erstere nur in beschränkten Fällen.

Außerdem war man geneigt, in einigen Fällen, in welchen die naturalis ratio (d. h. das ius gentium der Römer) ein Wissen nicht ohne weiteres vermuten konnte, in welchen es sich also nicht so sehr um „ius certissimum“ als vielmehr um positive Satzung handelte („ius nostrum“) die ignorantia iuris zu entschuldigen. Daß dies keine scharfe und brauchbare Unterscheidung war, kann hier auf sich beruhen. Immerhin wurde sie bedeutungsvoll für die spätere Entwicklung bis ins 19. Jahrhundert. Es dauerte eben lang, bis man sich klar machte, daß rechtswidriges Handeln aus Irrtum über das Recht überhaupt viel eher den Eintritt ausgleichender civilrechtlicher oder sonstiger, außerstrafrechtlicher Rechtsfolgen rechtfertige als den Eintritt einer öffentlichen Strafe gegen die Person, daß also eine verschiedene Behandlung des Rechtsirrtums im Civilrecht und im Strafrecht am Platze ist. Vgl. noch l. 39 § 2 D. 48, 5; l. 6 D. 50, 9; l. 2 C. 2, 2.

v. Wächter a. a. O. S. 156 bemerkt aber unter Anführung von l. 68 D. 23, 2, daß die Berücksichtigung des Rechtsirrtums bei den Römern nicht immer zur vollen Straflosigkeit führte. (Der von v. Wächter angetretene Beweis, daß die Römer bei Berücksichtigung des Rechtsirrtums in der Form eines Milderungsgrundes das Delikt gleichwohl als ein doloses ansahen, dürfte weder aus dieser Stelle noch aus der außerdem citierten l. 39 § 3 D. 48, 5) zu entnehmen sein.

Für die weitergehende Annahme einer allgemeinen Regel, daß der dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit voraussetze, erscheinen die hierfür verwerteten Stellen, insbes. l. 25 § 6 D. 5, 3; § 1 J. 4, 2 (vgl. Binding, Normen 2, 316/17), nicht beweiskräftig genug zu sein, weil ihnen, wie gezeigt, verschiedene andere gegenüberstehen. Jedoch scheint speziell bei Diebstahl und Raub das Wissen um die Eigenschaft der Sache als einer fremden bereits bei den Römern Deliktsmerkmal gewesen zu sein, d. h. ein Merkmal, dessen Kenntnis beim Täter zum Vorliegen des Tatbestandes verlangt wurde. Andrerseits kann zu Gunsten der Ansicht, daß eine Berufung auf Gesetzes- oder Rechtsunkenntnis bei den Römern in der Regel nicht zulässig war, nicht die Nov. 66 c. 1 angeführt werden. A. M. Hammerer S. 7 N. 1. Denn diese betrifft nur die Bekanntschaft mit den Bestimmungen über Testament und spricht von der Präsumtion, daß die Gesetze bekannt seien, ausdrücklich bloß unter Hinweis auf „leges huius modi“. —

Ein Anklang an die Unterscheidung zwischen Unkenntnis der allgemein bekannten Grundsätze und derjenigen spezieller Umstände

findet sich bereits in der Aristotelischen Zurechnungslehre. Vgl. darüber Richard Löning, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre 1903 S. 180 f. Aristoteles unterscheidet, wie Löning des Näheren ausführt, zwischen ἄγνοια τοῦ καθόλου (Unkenntnis des Allgemeinen, d. h. der sittlichen Normen), welche die Zurechenbarkeit aufhebe, und der ἄγνοια τῶν καθ' ἕκαστα (was Löning als Unkenntnis des konkreten Sachverhalts interpretiert), welche die Zurechenbarkeit aufhebe. Löning bemerkt aber S. 183, 213 f. weiter, daß Aristoteles die Unkenntnis des staatlichen Gesetzes derjenigen seines Sittengesetzes nicht gleich behandeln wollte, vielmehr Fälle mit ausgeschlossenem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausdrücklich als ἀκούσια bezeichnet habe, welche also nicht zuzurechnen seien. —

Für das kanonische Recht finden sich verschiedene Stellen, welche unbedingt darauf hinweisen, daß der dolus malus mindestens zum Teil das Bewußtsein der Verbotwidrigkeit in sich schloß.

Zwar heißt es in cap. 13 in VIto de RI. 5, 12 ganz allgemein: ignorantia facti non iuris excusat. Allein im Zusammenhalt mit anderen Quellenstellen erscheint dies nur als ein von den Römern ohne Nachdenken übernommenes Schlagwort, an welches man sich um so weniger band, da das kanonische Recht, welches die Schuld vornehmlich in der Auflehnung gegen den Willen Gottes und seiner Kirche erblickt, zum delictum überhaupt kein äußeres factum verlangt. In cap. 41 C. XXIV qu. 1 wird derjenige, welcher ohne Wissen von dem Widerspruch zu der kirchlichen Satzung von einem Ketzer die Kommunion empfängt, milder behandelt als derjenige, welcher dies wissentlich tut. In cap. 12 Caus. 1 qu. 4 wird bestimmt: Item ignoratia iuris alia naturalis alia criminalis est. Naturalis omnibus adultis damnabilis est. Ius vero civile aliis permittimus ignorare, aliis non. Weiter geht in Berücksichtigung des Rechtsirrtums cap. 2, X, 1, 2: Ut animarum a periculis obvietur, sententiis per statuta quorumcumque ordinariorum prolatis, ligari nolumus ignorantes: dum tamen eorum ignorantia crassa non fuerit aut supina. (Vgl. damit auch l. 6 D. 22, 6.) Die Unterscheidung ist um nicht viel schärfer als bei den Römern. Nur die auf dem ius positivum beruhende Rechtsunwissenheit, ignorantia iuris criminalis genannt, soll je nach der Person des Unwissenden entschuldigen. Die letztgenannte Stelle hat wohl die gleiche Unterscheidung im Auge, unterscheidet aber noch unbestimmter zwischen grobfahrlässiger und sonstiger Unwissenheit.

Die Kanonisten entwickelten für das gemeine Kirchenrecht die Lehre im Sinne der kanonischen Auffassung vom Wesen der Schuld

weiter, indem sie teils ein Bewußtsein wenigstens vom Verbot (so für den Eintritt von poenae vindicativae) teils sogar ein Bewußtsein auch vom Strafgesetze als Voraussetzung jeder Strafe verlangten (so für den Eintritt von Censuren), hiervon aber gewisse Ausnahmen, insbesondere bei ignorantia crassa, supina oder affectata machten. Vgl. darüber der Näheren Hinschius, Kirchenrecht Bd. 5 S. 923. —

Das altgermanische Recht hatte es nicht mit einem weitverzweigten Rechtsleben zu tun. Man beschränkte sich auf die Fixierung weniger Regeln und konnte nach der Art ihrer Kundgabe voraussetzen, daß diese bekannt seien. Der allgemeine Teil des Strafrechts erfuhr überhaupt nur ganz geringe Ausbildung. Die Quellen schweigen meist über Rechtsirrtum. Die Entschuldigung mit ihm wird in der Regel nicht gegolten haben. Die im wesentlichen auf römischen Ursprung zurückzuführende lex Wisigothorum verfügt in Buch 2 tit. 1 cap. 3: Nullus ergo idcirco sibi existimet inlicitum faciendi licere, quod libet, quia se novit legum decreta sanctionesque nescire. Nam non insontem faciet ignorantiae caussa, quem noxiorum dampnis implicaverit culpa. Auf Gesetzesunkenntnis kann sich darnach niemand bei unerlaubten Handlungen berufen. Jedoch hatte dieser Satz nicht eine durchweg anerkannte Geltung in den Volksrechten. Zu weit geht zwar Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden, S. 32, wenn er annimmt, der für doloses Handeln in den Quellen vielfach wiederkehrende Ausdruck „asto animo“ habe das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erfordert. Denn die Quellen, welche aste mit voluntarie identifizieren, geben dafür zu wenig Anhalt. Dagegen findet sich in den angelsächsischen Gesetzen eine Stelle, die nur auf Rechtsunkenntnis, welche vor Strafe schützen soll, gedeutet werden kann. Gesetze Wilhelms I. Art. 39 I: „Wer ein falsches Urteil fällt, sei in Buße des Königs von 40 Schillingen, wenn er nicht beeiden kann, daß er es nicht richtiger zu fällen verstand.“ (Citiert nach der synoptischen Ausgabe von Liebermann, Gesetze der Angelsachsen Bd. I (1903).[1])

[1]) Anders soll es mit dem Rechtsirrtum in einem gleichen Fall nach dem babylonischen Codex Hammurabi bestellt gewesen sein, wenn man der Übersetzung von H. Winkler (1903) S. 11 folgt. Darnach lautet Art. 5 daselbst: „Wenn ein Richter einen Prozeß leitet und eine Entschädigung fällt und das Urteil schriftlich ausfertigt: wenn später sich sein Prozeß als fehlerhaft erweist, jener Richter . . . als Ursache des Fehlers überführt wird, dann soll er die Anfechtungsstrafe, welche in jenem Prozesse festgesetzt war, zwölffach geben, und öffentlich soll man ihn von seinem Richterstuhl stoßen, nicht soll er zurückkehren . . .“ Jeremias [und mit ihm Stooß, Zeitschr. f. Schw. Strafr. Bd. 16 (1903)], Moses und Hammurabi (2. Aufl. 1903) S. 31 liest

Auch nach der Zeit der Volksrechte wird im deutschen Rechte die Frage des Rechsirrtums nicht prinzipiell aufgeworfen. Da bei dem geringen Umfang der rechtlich geregelten Verhältnisse die Bekanntschaft mit dem Rechte eine viel allgemeinere war, auch Rechtsverletzungen im Hinblick auf die geringere Bevölkerungsdichte selten waren, konnte man mit der Annahme, daß das Recht bekannt sei, auskommen. Immerhin finden sich aus dem späteren Mittelalter mehrfach Belege dafür, daß, wo wirklich einmal ein Irrtum über eine Norm vorkam, deren Kenntnis man beim Täter nicht wohl voraussetzen konnte, dieser Irrtum rechtliche Beachtung fand. Kahn S. 11/12 hat verschiedene Bestimmungen aus dem Billwärder (Hamburger) Recht, dem Ripener Stadtrecht und dem Nürnberger Kriminalrecht zusammengestellt, wonach dem Fremden bei bestimmten Handlungen, z. B. verbotenem Waffentragen seine Unwissenheit als Entschuldigungsgrund angerechnet wurde. Knapp, Nürnberger Kriminalrecht S. 16 bemerkt (ohne nähere Quellenangabe), solche Milde (nämlich Straflosigkeit) habe ausnahmsweise auch bei Einheimischen gewaltet. Ferner führt er einen Fall an, wo Wiedertäufer, welche sich nicht für Ketzer gehalten haben, wenigstens milder gestraft wurden. Kahn S. 12 citiert auch eine Entscheidung aus Graubünden von 1462, wonach man die Entschuldigung der Beklagten gelten ließ, daß ihr Tun sie recht gedünkt hat. Diese Belege lassen sich noch durch weitere vermehren: Harster, Strafrecht der freien Reichsstadt Speyer (1900) S. 38, 39 hat bei Durchsicht seines Quellenmaterials ebenfalls zwei hier einschlägige Stellen gefunden. (Die übrigen von ihm gegebenen Beispiele freilich enthalten nur Fälle eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen des Vorliegens von Begriffsmerkmalen.) Der Vorgabe eines Beschuldigten, er habe Eßwaren zu stehlen für keine Sünde erachtet, ist keine Beachtung geschenkt worden, und mit Recht. Denn wenn er den Begriff des Stehlens kannte, so war er sich der Rechtswidrigkeit bewußt, mag er auch über die Folgen des Verbotenseins (ob civilrechtliche oder strafrechtliche) im unklaren geblieben sein oder viel-

---

jedoch statt Anfechtungsstrafe: „Buße" und deutet die Stelle auf Rechtsbeugung. Dav. Heinr. Müller, Die Gesetze Hammurabis (1903) S. 77 und Kohler-Peiser, Hammurabis Gesetze (1903) S. 10 endlich nehmen an, es heiße, daß der Richter seinen Prozeß später ungültig mache (d. h. die Urkunde vernichte oder beiseite schaffe). Auch nach ihnen handelt die Stelle nicht von einem Fall des Rechtsirrtums. Sachlich betrachtet erschiene in der Tat eine derartige Behandlung des Rechtsirrtums höchst auffällig.

leicht die Handlung vom Standpunkte der Religion aus als erlaubt angesehen haben. Die zweite Stelle betrifft die für relevant erachtete Unbekanntschaft mit dem Ratsstatut von 1347, daß man nachts nur mit Licht über die Straße gehen dürfe. — Endlich ist noch eine Stelle des Augsburger Stadtrechts hierherzuzählen, auf die Binding (Grundr. d. Strafr.; 6. Aufl. § 40 II) aufmerksam macht. In Art. 23 Zusatz (citiert nach der Ausgabe von Chr. Meyer) heißt es: Von der Sturmgloggen. Ist ouch, daz ein gemainez gesetzde von dem vogt und von den ratgeben gesetzet wirt und swiu daz ist und mit der sturmgloggen gekuendet wirt und galtnuess drouf gesetzzet wirt, swer daz brichet und swen daz triffet der mag der galtnusse niht ledick werden, er bered danne zen heiligen daz (er) inre landes (wer 20 Meilen von der Stadt entfernt war, galt als außer Landes befindlich) niht enwaere do daz gesetzzede gesetzet wurde und im ouch niht gesagt wurde do er ze lande choeme unz an den tack daz er daz gesetzde braeche. —

Über die Zeit der Glossatoren und Postglossatoren werden wir durch Wold. Engelmanns Schuldlehre der Postglossatoren (1895) eingehend unterrichtet. Während die Glossatoren sich im allgemeinen [1]) darauf beschränkten, das römische Recht möglichst scharfsinnig im Sinne der Römer zu kommentieren, bildeten die Postglossatoren es, den Bedürfnissen des Mittelalters entsprechend, weiter aus. Daher sind hier vornehmlich die Ansichten der Postglossatoren von Wichtigkeit. Die Postglossatoren nahmen zwar übereinstimmend als Regel an, daß der Rechtsirrtum den dolus ausschließe, aber manche unter ihnen rechneten dann die Handlung als fahrlässige an. Interessant ist eine Stelle die Engelmann von Albericus berichtet: error iuris civilis entschuldige vollständig, error iuris naturalis lasse eine culpa übrig. Auf Grund von Indizien konnte die Rechtskenntnis präsumiert werden (Engelmann S. 43). Dagegen sprechen andere, von Engelmann S. 47 zitierte Stellen nicht dafür, daß bei ignoratia iuris naturalis der dolus ebenfalls als ausgeschlossen galt und diese ignorantia bloß nicht geglaubt wurde. Die von ihm angeführten Belege schlagen diesen Weg nicht ein, sondern sagen direkt, daß die ignoratia iuris naturalis (vel quasi scil. naturalis) nicht vom dolus entschuldige. —

---

[1]) Eine Ausnahme bildet der mit den römischen Juristen nicht völlig harmonierende Satz der Glosse: Quaelibet ignorantia etiam iuris excusat a dolo. Engelmann S. 41.



Nach der Rezeption des römischen Rechts verhielt sich die deutsche Rechtswissenschaft über die Frage des Rechtsirrtums zunächst stillschweigend. Noch Carpzov enthält nichts darüber.

Dagegen sprach sich über die Frage Hugo Grotius schon vor Carpzov aus. Er bemerkt (De iure belli ac pacis, zit. nach der Ausgabe von 1626, Buch 2 cap. 20 § 43): Sicut ergo circa leges civiles eos excusamus qui legum notitiam aut intellectum non habuerunt, ita et circa naturae leges par est eos excusari quibus aut ratiocinationis imbecillitas aut prava educatio obstant. Nam ignorantia legis sicut inevitabilis si sit tollit peccatum; ita etiam cum aliqua negligentia conjuncta delictum minuit. Darnach unterscheidet Grotius zwar hinsichtlich des Objekts des Rechtsirrtums, ob dasselbe leges civiles oder naturae leges d. h. Naturrecht betreffe. Aber in allen Fällen nimmt er Ausschluß des dolus bei Rechtsunkenntnis an, bei fahrlässiger Rechtsunkenntnis läßt er mildere Beurteilung eintreten. Das Naturrecht scheint ihm ein dem Menschen so eingewurzeltes Recht zu sein, daß er außer dem Falle der imbecillitas ratiocinationis und der prava educatio eine ignorantia inevitabilis hier nicht für möglich hält. —

Sehr eingehend beschäftigte sich I. P. Kreß in seinem Kommentar zur Carolina mit der Frage des Rechtsirrtums (Commentatio succincta in CCC 1721; Anm. zu Art. 177, S. 649 der 3. Aufl.): Est vero scientia vel ignorantia triplici generis; facti, iuris sive legis, et tandem generis poenae. Die erstere entschuldigt, wenn sie nicht fahrlässig ist, auch bei Kreß von jeder Strafe. Er fährt darauf fort: De ignorantia iuris res deciditur e distinctione iuris, naturali ratiocinio noti et mere arbitrarii. Illuc refer crimina quae cognosci possunt per regulam, (quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris) hanc enim quilibet homo secum in scrinio pectoris gestat. An aliud dicendum de sodomia, incestu, quae delicta ad dictam regulam reduci nequeunt? Er erörtert dann, daß es auf den Grad der Unwissenheit des Täters ankomme. Im Anschluß hieran wird bemerkt: Unde quoque supra non negavimus quod plane poenam ignorantia hic mitiget, sed quod vix sive difficillime inter adolescentes et descendentes nec non inter fratres et sorores admittenda sit pro excusatione improbabilis ignorantia. Die Unkenntnis der Strafart und Strafhöhe solle in der Regel nicht entschuldigen. Jedoch hiervon macht Kreß eine auffallend weitgehende Ausnahme: Interim et hic jus aliquando in facto positum esse potest, ut ad facti atrocitatem, prohibitionis rationem specialem in aliquo loco attendatur. Zur Vorbeugung eines

solchen Irrtum würden die lokal geltenden Strafschärfungsbestimmungen z. B. für Pferdediebe jährlich verlesen „ipsique inquisiti interrogantur: ob sie in der Kirche gewesen und das Edikt ablesen hören?“ Das Wichtigste an der Kreß'schen Ansicht ist, daß bei ihm die römische Unterscheidung zwischen ius gentium und ius positivum hinsichtlich der Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums noch nachwirkt. An Stelle des ius gentium ist aber das ius naturale getreten, d. h. diejenigen Bestimmungen, deren Platz man in diesem Vernunftrecht suchte. —

Bei I. S. Fr. Böhmer (Meditationes ad CCC 1774, zu Art. 179 § 12) findet sich die Unterscheidung nach dem Rechtsstoff, hinter welcher ja auch ein berechtigter Kern steckt, ebenfalls wieder, daneben aber auch eine allgemeine Rücksichtnahme auf die Entschuldbarkeit des Irrtums: Ignorantia crassa (d. i. contra delicta legibus communibus comprehensa) vix aurem iudicis vellicare potest. — Facilius eius ratio habetur circa delicta solis legibus positivis particularibus determinata quia harum ignorantia excusatior . . . . praeterea his saepe prohibetur de quo ne somniando quidem quis cogitavit. — Superest itaque poenae ignorantia, quae non omnino negligenda est. Also formell die Unterscheidung zwischen Unwissenheit in Bezug auf das Naturrecht, auf das positive Recht und auf die Strafe. In Wirklichkeit Abstellung auf die Entschuldbarkeit des Irrtums, die Böhmer bei dem Naturrechtsirrtum für äußerst unwahrscheinlich hält. Von einer Präsumtion des dolus spricht er jedoch dabei nicht. —

Seit dem 17. Jahrhundert beschäftigt sich auch die deutsche Landesstrafgesetzgebung mit dem Gesetzesirrtum und dem Rechtsirrtum. In dem kurpfälzischen Landrecht von 1610 findet sich in der Vorrede zur Malefizordnung, man habe sie „in diesem offenen Drucke ausfertigen und publiciren lassen, damit niemand nicht sich der Unwissenheit zu entschuldigen habe“. Der Sinn scheint der zu sein, daß auf die Unkenntnis der Malifizordnung sich niemand solle berufen können. Man wird kaum fehlgehen, daß darnach dolus angenommen wurde auch bei feststehender Unkenntnis. Denn für eine bloß widerlegliche Doluspräsumtion fehlt hier jedes Zeugnis. — Anders steht es mit den Gesetzgebungen des 18. Jahrhunderts. Der Codex Iuris Bavarici Criminalis von 1751 bestimmt in Tl. I c. 1 § 31: „Unwissenheit in Sachen, welche von Rechtswegen zu ignoriren erlaubt ist, entschuldigt, wo nicht von aller, doch von der Ordinari Straff. Es ist aber hierzu nicht nötig, die besondere Gattung der-

selben Straff zu wissen, sondern es ist genug, daß die innerliche Boß- und Straffmäßigkeit der That nicht unbekannt seye, oder seyn könne.". Mit den Worten „zu ignoriren erlaubt" wird zufolge der Anmerkungen von Kreittmayr hingewiesen auf die oben bereits referierte Lehre, daß bei den iure naturae bestehenden Verboten Rechtsirrtum nicht entschuldige. Kreittmayr fügt noch die weitere, im Gesetze aber nicht zum Ausdruck gekommene Einschränkung hinzu, daß im übrigen die Rechtsunkenntnis nur von denen vorgeschützt werden könne, welchen es erlaubt ist, das Recht nicht zu kennen (bezieht sich auf die gemeinrechtlichen Fälle der Frauen, Minderjährigen, rustici). Selbst wenn übrigens diese letztere Einschränkung im Gesetz stünde, wäre doch Heinemanns Ansicht (Zeitschrift f. d. ges. StrRW. Bd. 13, 371) unrichtig, daß Bayern 1751 dem Rechtsirrtum jede Bedeutung versagt habe. —

Die Theresiana von 1769 führt in Art. 11 den Irrtum unter den Strafmilderungsgründen auf. In § 9 dieses Artikels werden zunächst Traumzustände, dann der faktische Irrtum behandelt. Daraufhin heißt es: „Es kann . . . . Drittens die Unwissenheit in Sachen, wo das Gesetz etwas gebietet oder verbietet, bewandten Umständen nach, wenn selbe nicht gar schuldhaft, zwar von der ordentlichen, nicht aber von aller Strafe entledigen. Dahingegen (ist) in Sachen, die eine innerliche Bosheit, und Straffmäßigkeit auf sich tragen, kein Bedacht darauf zu nehmen: ob der Thäter das eigentliche Gesetz, welches eine gewisse Straffe ausmesset, gewußt habe, oder nicht? genug, daß ihnen die Unzulässigkeit der That nicht unbekannt seyn können." Im historischen Zusammenhang wird auch hier die Unterscheidung zwischen einem Recht, welches bereits prima facie als allgemein den Menschen eingewurzelt sich zeigt, und einem bloß positiven Rechte unschwer erkennbar sein. Daß diese Unterscheidung als qualitative unhaltbar ist, braucht nicht ausgeführt zu werden. —

Die Josephina von 1787 verlangt zu einem Kriminalverbrechen unter anderem bösen Vorsatz und freien Willen (§ 2). Dieser sei ausgeschlossen (§ 5 litt. f) „wenn ein Irrtum mit unterlaufen ist, wobei dem Irrenden wegen der Irrung selbst keine Schuld beigemessen werden kann, und er ohne Dazwischenkunft des Irrtums auf erlaubte Art gehandelt haben würde". Was als entschuldbarer Irrtum anzusehen sei, entscheidet das Gesetz nicht, sondern ist anscheinend aus den damaligen Auffassungen in Theorie und Praxis zu entnehmen. Der Rechtsirrtum wird also berücksichtigt, soweit die Naturrechtslehre dies als erlaubt hinstellte, jedoch die Ein-

schränkung beigefügt, daß der Täter im Falle richtiger Erkenntnis die verbotene Handlung nicht begangen hätte. Dieser letzte Passus in § 5 bildet demnach einen Vorläufer der v. Liszt'schen Theorie, welche ex postea die Strafbarkeit beurteilt nicht nach dem wirklichen Tun und dem es begleitenden Wollen, sondern nach einem nicht vorhandenen Wollen, zu dessen Inhalt man lediglich durch Hinwegdenkung des Tatsächlichen auf Grund einer hypothetischen, oft auch sehr problematischen Wahrscheinlichkeitsprophezeiung gelangt. In der Josephina wird dieses Kriterium jedoch gemildert dadurch, daß daneben noch Entschuldbarkeit der Irrtums gefordert ist. —

Das Preußische Landrecht von 1794 geht auch in der Irrtumslehre selbständige Bahnen. Von dem in der Einleitung (§ 12) enthaltenen Satze, daß Unwissenheit eines gehörig publizierten Gesetzes nicht entschuldige, macht § 13 daselbst die Ausnahme: „Nur in dem Falle, wo vorhin erlaubte oder als gleichgültig angesehene Handlungen durch Strafgesetze eingeschränkt, oder verboten worden, soll der Übertreter mit dem Einwande: daß er, ohne Vernachlässigung seiner Pflichten, vor der vollbrachten That, von dem Verbote nicht unterrichtet gewesen, annoch gehört werden." Bezüglich der bereits bestehenden Normen ordnet das Strafgesetzbuch genaueres an. Vgl. ALR. Tl. II Tit. 20, § 10: „Eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden." § 11: „Sonst trifft die Strenge des Gesetzes nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig, und im Stande gewesen ist." § 12: „Nicht nur Unterthanen sondern auch Fremde, welche innerhalb der Gränzen des Staates sich aufhalten, sind sich um die Gesetze desselben zu erkundigen verpflichtet." — Soweit es sich darnach nicht um Verletzungen der öffentlichen oder privaten Sicherheit handelte, sondern z. B. um Gotteslästerung oder gewisse Sittlichkeitsdelikte, Steuerdelikte, manche Polizeidelikte war Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums vorgesehen. Als Entschuldigung wurde zwar nicht schon gehört, daß der Täter die Gesetze nicht gekannt hatte, sondern nur, daß er nach Lage des Falls dazu nicht im stande war. Daß man das „Im stande sein" liberal auffaßte und es nicht ohne weiteres auf Grund der Tatsache annahm, daß eine Strafbestimmung im Lande bestand, kann man einmal daraus entnehmen, daß die Konstatierung der Pflicht zur Gesetzeskenntnis in § 12 der Einleitung noch nicht genügte, um die Entschuldigung mit Rechtsirrtum zurückzuweisen. Sodann erhellt dies daraus, daß man späterhin es für nötig fand, besondere Vorschriften über die

Bekanntmachung von Normen zu erlassen, bei denen man eine Entschuldigung mit Rechtsunkenntnis ausgesprochenermaßen für naheliegend und somit an sich auch als relevant ansah. Vgl. Patent vom 2. April 1803 „Über die Abwendung der Viehseuchen und anderer ansteckender Krankheiten", § 171: „Damit aber Niemand sich mit der Unwissenheit der Vorschriften dieses ..... Patents oder der darin bestimmten Strafen entschuldigen könne, so wird festgesetzt, daß außer der gewöhnlichen Bekanntmachung gedruckte Auszüge angefertigt, und solche ..... in den Krügen und an den Kirchthüren angeschlagen, von den Landräten aber ... diejenigen ausdrücklich darauf verwiesen werden sollen, welche solche (scil.: Vorschriften) zur Zeit angehen." —

Das österreichische StGB. von 1803 zieht dem Rechtsirrtum enge Grenzen, indem es ihn bei Verbrechen und schweren Polizeiübertretungen ausschließt; Tl. 1 § 2: „Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen, da das Unrecht derselben unverkennbar ist, kann sich niemand entschuldigen." Tl. 2 § 1: „Die schweren Polizeiübertretungen sind insgesammt Handlungen ....., die jeder als unerlaubt von selbst erkennen kann; oder wo der Übertreter die besondere Verordnung, welche übertreten worden, nach seinem Stande, seinem Gewerbe, seiner Beschäftigung oder nach seinen Verhältnissen zu wissen verpflichtet ist. Die Unwissenheit kann also bei schweren Polizeiübertretungen nicht entschuldigen." — Mit dem Hinweis auf „die besondere Verordnung" wird wohl der alten Lehre vom ius positivum im Gegensatz zum ius naturae gedacht. Offensichtlich wird in diesen Bestimmungen Norm und Strafgesetz miteinander vermengt und es ist daher Heinemann, Zeitschr. f. d. Ges. StrRW. Bd. 13, 449 zuzustimmen, wenn er bemerkt, daß die Auslegungsversuche der Doktrin zu Gunsten einer erweiterten Zulassung des Rechtsirrtums mit dem Gesetze nicht im Einklang stehen. —

Auf der psychologischen Zwangstheorie Feuerbachs beruhend konnte das Bayer. StGB. von 1813 den Rechtsirrtum nicht unberücksichtigt lassen. Vgl. Art. 39 I: Mit rechtswidrigem Vorsaze wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesezt hat und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewußt gewesen ist. Abs. II: Dabei schließt weder die Meinung: was unter bürgerlicher Strafe verboten ist, sey nach dem Gewissen oder der

Religion erlaubt gewesen, noch der Irrthum blos über Art und Größe der Strafe . . . . den rechtswidrigen Vorsaz aus. Art. 43: Bei einer wider eine Person erwiesenen gesezwidrigen That wird gesezlich angenommen, daß dieselbe aus rechtswidrigem Vorsaze gehandelt habe, soferne nicht aus den besonderen Umständen die Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit des Gegentheils sich ergiebt. — Diese außerordentlich weitgehende Berücksichtigung des Rechtsirrtums erfährt jedoch in Art. 71 eine wesentliche Einschränkung, da man anscheinend zu große Gefahren für die Praxis bei unentwegter Festhaltung des aufgenommenen Grundsatzes befürchtete. Art. 71 lautet: Wer bei einer in diesem Gesezbuche als strafbar erklärten Handlung seine Unwissenheit über das Daseyn eines Strafgesezes vorschüzt, wird mit diesem Vorgeben nicht gehört, wenn nicht Blödsinn, große Dummheit und andere dergleichen Gemüthsfehler dieses Vorgeben unterstüzen. Art. 72 läßt dann denjenigen wegen fahrlässiger Übertretung gestraft werden, welcher „aus Unwissenheit eines Thatumstandes die Strafbarkeit seiner Handlung“ nicht gekannt hat. Art. 72 will damit nicht verfügen, daß lediglich die Unwissenheit des Gesetzes irrelevant sei, nicht auch die Unwissenheit der Norm. Denn diese Unterscheidung lag dem Gesetze an dieser Stelle völlig fern. Wäre sie gewollt gewesen, so wäre diese eingreifende Bestimmung bei der Umständlichkeit der gesetzlichen Vorschriften über Unwissenheit sicher hervorgehoben worden. Daß die „Strafbarkeit“ hier auch das Unerlaubtsein mit begreift, geht auch aus den offiziellen Anmerkungen hervor und wird durch den Gebrauch des Ausdrucks „Thatumstand“ eher bestätigt als entkräftet. Art. 72 bezieht sich demnach nur auf den Fall eines Irrtums über die Tatsachen, welche die Merkmale eines gesetzlichen Tatbestandes aufweisen (d. h. auf den Fall eines Irrtums über Tatumstände). Dieser Irrtum hindert ja ebenso, wie dies auch die Rechtsunkenntnis tut, den Täter an der Erkenntnis der Strafbarkeit. Während nun gegen die auf Rechtsunkenntnis beruhende Unkenntnis eine gesetzliche Vermutung (Art. 43, 71) spricht, wird die auf Unkenntnis von Tatumständen beruhende Unkenntnis der Strafbarkeit als beachtlich erklärt, und nur dann mit Strafe bedroht, wenn sie fahrlässig war. Zu bemerken wäre noch, daß nach der Feuerbach'schen Terminologie auch die in Art. 71 angeführte „Unwissenheit des Strafgesetzes“ die Unkenntnis des Unerlaubtseins mit umfaßt. In Ermangelung einer festen gesetzlichen Terminologie zu jener Zeit können die offiziellen Anmerkungen, welche dies ausdrücklich erklären, als Bestätigung dieser

Annahme gelten. Eine weitere Bestätigung liegt darin, daß zu jener Zeit die selbständige Existenz der Normen außerhalb der sie wiedergebenden Strafgesetze nicht erkannt war, man also durch den Ausdruck Strafgesetz im Zweifel auch die in ihm enthaltene Norm traf.

Fast wörtlich kehren die bayerischen Bestimmungen im Oldenburgischen StGB. von 1814 Art. 52, 65, 66 wieder. In der späteren Gesetzgebung[1]) wird überwiegend ein Einfluß des Rechtsirrtums auf die Strafbarkeit verneint, während die Literatur bis in die Mitte der fünfziger Jahre des 19. Jahrhunderts weitaus überwiegend teils an dem Bewußtsein der Strafbarkeit, teils an dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als einem Doluserfordernis, sei es allgemein, sei es für Verbrechen bestimmter Art festhielt. Einer ausführlichen Darstellung der verschiedenen Bewertung, welche der Rechtsirrtum hier gefunden hat, bedarf es für diese Zeit nicht, nachdem dies bereits durch Geßler, Ger.Saal Bd. 10 S. 217 f., und H. Heinemann, Zeitschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 13 S. 371 f. (die Gesetzgebung speziell S. 438 f.) geschehen ist. Drei Gesetzgebungen und drei hervorragendere Werke der Literatur mögen jedoch zur Veranschaulichung der leitenden Anschauungen noch angeführt werden.

Das österreichische StGB. von 1852 bestimmt in § 1, daß zu einem Verbrechen böser Vorsatz gefordert wird. § 2 schließt die Zurechnung der Handlung als Verbrechen aus, „wenn ein solcher Irrtum mit unterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ". § 3 fügt hinzu: „Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen kann sich niemand entschuldigen." § 233 endlich will anscheinend des Gleiche für Vergehen und Übertretungen bestimmen, gibt dem aber eine Formulierung, welche anscheinend auch die Normwidrigkeit als etwas Bekanntes präsumiert: „Die in diesem Teile des Strafgesetzes vorkommenden Vergehen und Übertretungen sind insgesammt Handlungen oder Unterlassungen, die jeder als erlaubt von selbst erkennen kann; oder wo der Thäter die besondere Verordnung, welche übertreten worden, nach seinem Stande, seinem Gewerbe, seiner Beschäftigung, oder nach seinen Verhält- zu wissen verpflichtet ist. Die Unkenntnis dieses Strafgesetzes kann

[1]) Vgl. die Zusammenstellung der einschlägigen Paragraphen bei Stenglein, Sammlung deutscher Strafgesetzbücher, Bd. 3, Anm. zu § 1 u. 3 des österr. StGB. von 1852. Eine Zusammenstellung von Dolusdefinitionen in der Gesetzgebung und Literatur siehe bei Geib, Lehrbuch II (1862) S. 242 f. Vgl. ferner außer der bei Heinemann, Ztschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 13 S. 371 f. verwerteten Literatur noch die Angaben bei Köstlin I (1857) S. 377 N. 1.



also rücksichtlich der in demselben vorkommenden Vergehen und Übertretungen nicht entschuldigen." Vgl. über die Auslegung dieser Stellen Lammasch, Grdr. d. österr. Rechts (2. Aufl. 1902) S. 27; Finger, Das Strafrecht (scil: Oesterreichs) 2. Aufl. 1902 S. 173, 174; Kohlrausch S. 172. Vielleicht mit stärkeren Anhaltspunkten als gegenüber dem deutschen Rechte liese sich aus den Bestimmungen der §§ 1—3 die Anerkennung der Normentheorie ableiten. Es wäre dies wohl trotz entstehungsgeschichtlicher Bedenken auch das Richtigste, wenn nicht § 233 ein schweres Gegengewicht bedeuten würde. Hier bedeutet die Unkenntnis „des Strafgesetzes" aber auch die Unkenntnis des Unerlaubtseins. Norm und Strafgesetz sind also durch den Ausdruck Strafgesetz tatsächlich zusammengefaßt. Es ist aber sehr unwahrscheinlich, daß für die Vergehen und Übertretungen etwas anderes gelten sollte hinsichtlich der Irrtumsfrage als für die Verbrechen. Im Gegenteil für Verbrechen gilt das Gleiche noch viel eher und nur weil es ihm selbstverständlich erschien, hat der Gesetzgeber im ersten Teile die gleiche Regel nicht ausdrücklich aufgestellt. Eine andere Auslegung dieses Verhältnisses gerät mit der ratio legis leicht in Widerspruch. — Die österreichische Praxis, welche die Normentheorie ebenfalls nicht angenommen hat, vertritt die gleiche Ansicht über die Beachtlichkeit des Rechtsirrtums wie die deutsche Praxis. Vgl. Rosenblatt, Ger.Saal Bd. 61 S. 1 f. Sie ist daher an sich und gegenüber dem geltenden Rechte auch gleichen Bedenken ausgesetzt wie diese. —

Nachdem Art. 38 des Sächs. StGB. v. 1838 im wesentlichen die Bestimmungen des Bayer. StGB. von 1813, jedoch unter Weglassung des Art. 39 daselbst, reproduziert hatte, gab das Sächsische StGB. von 1855 in den Art. 95 u. 97 der Lehre vom Rechtsirrtum eine etwas veränderte Gestalt. Art. 95 II lautete: Durch Unbekanntschaft mit dem Gesetz, welches die Handlung mit Strafe bedroht, wird ein begangenes Verbrechen ebensowenig, als durch den Wahn, als ob dieselbe nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt oder verdienstlich sei, entschuldigt. Dazu kam Art. 97: Dieselbe Bestimmung (d. h. die nämliche Bestimmung, daß die Hälfte der ohne einen bestimmten Milderungsgrund verwirkten Höchststrafe nicht überschritten werden darf, auf welche des vorangehende Art. 96 bereits verwiesen hatte) tritt ein, wenn ... ingleichen wenn die Handlung aus einem Rechtsirrtum hervorgegangen ist, welcher sich nicht auf das Strafgesetz, sondern auf andere bei der Handlung in Betracht kommende Rechtsgrundsätze bezieht. Dieser Satz gab den Anlaß zu dem

Wiederaufleben der Theorie daß der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum entschuldige. Notwendig war diese Auslegung nicht. Man hätte vielleicht rationeller auf eine Ausbildung der Normentheorie schließen können. —

Das Bayerische StGB. von 1861 schließt nach vorgängiger Anerkennung der Relevanz des Irrtums über Tatumstände in Art. 70 die Beachtlichkeit einer Unwissenheit über das Bestehen eines Strafgesetzes überhaupt oder über die Art und Größe der Strafe, ferner die Beachtlichkeit der Meinung, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, aus. Daß diese Fassung nicht wohl im Sinne der Normentheorie gedeutet werden kann, wurde bereits oben S. 66 bemerkt. —

Unter den Äußerungen der Theorie über den Rechtsirrtum ist zunächst Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts zu betrachten. In der vierzehnten von Mittermaier besorgten Ausgabe ist ausgeführt: (§ 95) „Zum Wesen der Zurechnung wird erfordert . . . . II. daß die Willensbestimmung, welche die Ursache des Verbrechens ist, auch innerlich, d. i. im Gemüte des Handelnden dem Strafgesetz widerspreche, indem derselbe a) mit dem Verbrechen und deren bürgerlichen Strafbarkeit bekannt (scil.: war) . . . . .“ Subsumtion der Tat unter ein konkretes Strafgesetz wird jedoch von Feuerbach bei der mittelbaren (= unbewußten) Fahrlässigkeit zufolge § 85 N. 1 seines Lehrbuchs nicht verlangt. § 86 fährt fort: „Von jeder mit Verstand begabten Person wird im allgemeinen als rechtlich gewiß angenommen, daß sie mit den Strafgesetzen bekannt sei“. (Es folgt eine nähere Ausführung dieser widerleglichen Doluspräsumtion). Unter den Tatsachen, welche die Aufhebung jener „Zurechnung“ bewirken, welche von Feuerbach vermutet wird und das Bewußtsein der Strafbarkeit enthalten soll (§ 86), wird in § 90 VI aufgeführt: „Irrtum und Unwissenheit in Ansehung der Rechtswidrigkeit oder Gefährlichkeit der Handlung, sofern dieselbe rechtlich zulässig und unüberwindlich sind.“ In Anm. 12 wird dann auf die bisherige, gemeinrechtliche Gesichtspunkte vertretende Ansicht Roßhirts verwiesen. Das Ergebnis ist also: Theoretisches Festhalten an den Konsequenzen des aufgestellten Prinzips der Gesetzeskenntnis, andrerseits praktische Abschwächung des theoretischen Prinzips durch eine Präsumtion des dolus und durch Einschränkung des zugelassenen Gegenbeweises der Unkenntnis. —

C. G. v. Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts Bd. 1 (1825) S. 119 f. rechnet in § 73 litt. a zu den Umständen, welche

die Zurechenbarkeit einer verletzenden Tat ausschließen, auch den Rechtsirrtum. In den Anmerkungen dazu wird dieser Satz etwas eingeschränkt und eine Relevanz des Rechtsirrtums nur in folgenden Fällen anerkannt: bei der Unmöglichkeit, irgend Rechtsbelehrung zu erhalten „aber wohl nur bei an sich nicht rechtsverletzenden (sic) vom Gesetz verbotenen Handlungen"; ferner wenn ein Polizeigesetz ausdrücklich wissentliche Übertretung fordert; ferner bei Minderjährigen, Frauen, rustici. Abgesehen von der Erwähnung des Polizeigesetzes haben wir bis dahin im wesentlichen nur Auslegungen des römischen Rechtszustandes. Wächter bleibt aber dabei nicht stehen: „Oft kann aber durch einen, nicht in Beziehung auf das Vorhandensein des Strafgesetzes, sondern in Beziehung auf anderweite, namentlich privatrechtliche Rechtsgrundsätze stattfindenden Rechtsirrtum der dolus und die Zurechenbarkeit des bestimmten Verbrechens ausgeschlossen werden." Der Gedanke von Albericus tritt hier von neuem auf und Kohlrausch S. 175 vermutet wohl mit Recht, daß v. Wächter der Vater der Lehre von der Relevanz des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums geworden ist. Endlich läßt v. Wächter die Zurechenbarkeit und den dolus noch ausgeschlossen sein „durch eine irrige Nichtsubsumtion des Faktums unter das bekannte Strafgesetz, was vom error iuris hier wohl zu unterscheiden ist". Anscheinend will er damit nur die Unkenntnis des Strafgesetzes als „error iuris" bezeichnen, nicht aber die irrige Rechtsauslegung, die bei ihm Dolusausschließungsgrund wird. —

Luden, Über den Tatbestand des Verbrechens nach gemeinem deutschem Rechte (1840) Tl. 1 S. 500 f., unterscheidet zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen. Rechtsverbrechen sind ihm diejenigen, welche eine Verletzung fremder subjektiver Rechte (scil. abgesehen vom allgemeinen Gehorsamsrechte) enthalten (S. 168, 562), Gesetzesverbrechen diejenigen, welche nur durch die positive Strafsatzung zu verbotenen Handlungen werden (S. 171). Bei den Gesetzesverbrechen könne das Verbot nicht anders verletzt werden, als durch Begehung der verbotenen Handlung. Beide fielen in eins zusammen (S. 173). Bei den Rechtsverbrechen besteht nach Luden die verbrecherische Willensbestimmung in dem Willen, eine im objektiven Rechte nicht gestattete Rechtsverletzung zu begehen (S. 517). Nahezu einstimmig werde von den Rechtslehrern behauptet, daß zum dolus das Bewußtsein der Strafgesetzwidrigkeit gehöre. Dem könne nicht beigetreten werden. Denn dolus und culpa seien eher da als die Strafbarkeit und wenn zum dolus ein gewisses Bewußtsein gehöre,

so könne dies wenigstens nicht das Bewußtsein der Strafbarkeit sein (S. 99). Das Strafgesetz habe bereits objektives Recht zur Voraussetzung, weil es außerdem ohne allen Grund erlassen sein würde[1]) (S. 518). Auch das Bewußtsein des objektiven Rechtes sei aber nicht zu fordern. Denn der Wille müsse sich nur auf den entfernteren Grund des Verbrechens erstrecken. Anders bei den Gesetzesverbrechen. Hier falle der entferntere Grund des Verbrechens mit dem Verbote zusammen. Die Handlung werde zum Verbrechen erst durch das Verbot oder Gebot. Daher müsse sich hier der dolus auch auf das Dasein des Verbotes erstrecken (S. 563). Wie der Mensch daher nur wollen könne, insofern er denke, so könne er auch die verbotene oder gebotene Handlung nur unter der Voraussetzung wollen, daß dieselbe wirklich als die verbotene oder gebotene in seinen Gedanken gelegen habe (S. 564). — Bei den Rechtsverbrechen wird der „entferntere Grund“ wohl als die Norm im Sinne der heutigen Ausdrucksweise zu verstehen sein. Allein Luden vermengt anscheinend den konkreten objektiven Tatbestand und die Erkenntnis schädlicher Folgen des Tuns mit der Norm und verlangt deshalb kein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, während er doch in seiner Dolusdefinition sich ganz auf dem Wege zur Normentheorie befindet. Die Unterscheidung von Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen ist ein Nachklang der naturrechtlichen und römischrechtlichen Scheidung des Rechts in natürliches und positives Recht. In seinem späteren Handbuch des Strafrechts Bd. 1 (1842) gibt Luden diese Ausnahme, wo das Bewußtsein sogar der Gesetzwidrigkeit nach ihm noch erforderlich war, mit der Begründung preis, daß bei allen im Rechte eines Staates zu Verbrechen bestimmten Handlungen die Verwerflichkeit auch im Gefühle des betreffenden Volkes anerkannt sei. Die Unstichhaltigkeit dieses Grundes leuchtet ein. Es lag in jener Unterscheidung immerhin ein richtiger Kern, der auch von Köstlin, System Bd. 1, beibehalten wurde, indem er, trotz seiner Ablehnung der Relevanz des Rechtsirrtums im Strafrecht, zugibt (S. 376), daß bei bloßen Polizeiverbrechen von dem Regelsatz der Unentschuldbarkeit „weit mehr Ausnahmen“ zu machen seien (scil. als bei den anderen Verbrechen). In der Tat ist die Unkenntnis von Polizeigesetzen im allgemeinen weit entschuldbarer als die Unkenntnis beispielsweise der Normen über Totschlag und Körperverletzung. —

[1]) Das Irrige dieses Fehlschlusses dürfte offen am Tage liegen.

Aus diesen Mitteilungen dürfte so viel hervorgehen, daß die Frage, ob Rechtsirrtum Einfluß auf die Strafbarkeit hat, schon seit dem Altertum trotz der damaligen Härte des Strafrechts Zweifel erweckte. Zahlreiche Lösungsversuche sind unternommen worden, um einerseits dem Bedürfnis der Praxis gerecht zu werden, andrerseits der Erkenntnis Rechnung zu tragen, daß völlige Unkenntnis des Verbotenseins den Schuldinhalt bei vorsätzlichem Handeln wesentlich verändert und somit die Gleichstellung eines solchen Falles mit dem Falle, wo der Täter trotz Kenntnis der entgegenstehenden Norm gehandelt hat, nicht rechtfertigt.

2.

Wendet man den Blick nunmehr auf die Rechte und Gesetzesentwürfe des Auslandes, so wird man erkennen, daß die vorgeschrittenere neuere Gesetzgebung in steigendem Maße mit dem Rechtsirrtum als einem Faktor in der Verschuldungsfrage rechnet. —

a) Einige Rechte ignorieren die Frage des Rechtsirrtums gänzlich oder doch im Prinzip. Dahin gehört der französische Code pénal von 1810;[1]) das spanische StGB. von 1848; das schwedische StGB. von 1864; das StGB. von San Marino (nach dem Zeugnis von Crivellari) von 1865; das belgische StGB. von 1867; das StGB. von Zürich von 1871; das chilenische StGB. von 1874; das niederländische StGB. von 1881.

b) Andere Rechte erklären ausdrücklich, daß die Unwissenheit der Gesetze (teilweise unter ausdrücklichem Einschluß der irrigen Auslegung der Gesetze) nicht als Entschuldigungsgrund gelte. So viel sich ersehen läßt, will mit jenen Bestimmungen nicht etwa die Norm von den Bestandteilen des Strafgesetzes ausgeschieden werden.

So bestimmt das dänische StGB. von 1866 § 42 in Anlehnung an oben zitierte deutsche Partikulargesetze: Nichtkenntnis des Strafgesetzes, die falsche Ansicht, daß die durch das Gesetz verbotene Handlung nach den Geboten des Gewissens oder der Religion erlaubt

---

[1]) Vgl. dazu Garraud, Traité du droit pénal (2. Aufl. 1898) Bd. 1 S. 555 f. Garraud hält die Regel für absolut notwendig, daß der Rechtsirrtum schade, macht hiervon jedoch zwei merkwürdige Ausnahmen: a) binnen drei Tagen nach Veröffentlichung eines Gesetzes darf die Unwissenheit des Gesetzes als Entschuldigungsgrund berücksichtigt werden (so auf Grund des Dekrets vom 5. Nov. 1870); b) desgleichen kann berücksichtigt werden der Rechtsirrtum, wenn es unmöglich war, sich zu vergewissern und der Irrtum gänzlich invincible war; z. B. beim Ausländer, der nach Frankreich kommt und eine Vorschrift nicht kennt, welche ist „de pur droit positif qu'il ne pouvait pas connaître".

oder sogar befohlen sei oder daß umgekehrt eine durch das Gesetz gebotene Handlung aus denselben Gründen unzulässig sei, schließen die Anwendung der Strafe nicht aus.

Auch in verschiedenen schweizerischen Kantonen wird teils die Rechtsunwissenheit, teils die Unwissenheit der Gesetze als belanglos erklärt. So Thurgau (1868) Art. 29; Aargau (1857) Art. 3; Tessin (1873) Art. 46; St. Gallen (1885) Art. 27.

Sect. 7 des Criminal Code of California von 1872 bestimmt: The word knowingly imports only a knowledge that the facts exist which bring the act or omission within the provisions of this code. It does not require any knowledge of the unlawfulness of such act or omission.

Ähnlich der Penal code of New York (1882) sect. 718 Z. 4. The term knowingly imports a knowledge that the facts exist which constitute the act or omission (of) a crime, and does not require knowledge of the unlawfulness of the act or omission.

Ungarn, StGB. von 1878; § 81: Die Unkenntnis oder irrige Auffassung des Strafgesetzes schließt die Zurechnung nicht aus. § 82 enthält dann eine Bestimmung analog dem § 59 des deutschen StGB.

Portugal, StGB. von 1886 Art. 29 schließt die Relevanz einer Unwissenheit über das Strafgesetz oder die Strafwürdigkeit der Tat aus.[1])

Italien, Codice penale von 1889, art. 44: Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.[2]) Noch weiter geht

---

[1]) Art. 29: Não eximem de responsibilidade criminal:

1. A ignorancia da lei penal,
2. A illusão sobre a criminalidade do facto.

[2]) Dabei scheint auf dem Worte „penale" ein Nachdruck zu liegen. Denn das Fehlen desselben in einem früheren Entwurfe wurde von der Advokatenkammer in Messina beanstandet. Vgl. Crivellari, Il cod. pen. It. Bd. 3 (1892) S. 274. Crivellari schreibt dazu S. 280: Per legge penale deve intendersi una disposizione proibitiva e insieme punitiva. Wie a. a. O. eine Verweisung auf S. 274 zeigt, will er damit einen Gegensatz zu anderen Bestimmungen als den disposizioni proibitive e insieme punitive aufstellen, wie dies auch durch die Advokatenkammer von Messina geschehen war. Er will also nicht etwa zwischen der Norm und ihrer Wiedergabe im Strafgesetz unterscheiden, sondern landet, ohne übrigens dieses Ergebnis auszusprechen, bei der Unterscheidung zwischen Irrtum über das Strafgesetz und Irrtum über außerstrafrechtliche Rechtssätze. Man ersieht daraus, wie bedenklich es ist, ohne ausdrückliche Unterscheidung zwischen Norm und Strafgesetz einfach die Unwissenheit der Gesetze oder selbst speziell der Strafgesetze für irrelevant zu erklären. Denn wo jener Grundsatz in der Gesetzessprache oder in der Juristenwelt nicht bereits gebräuchlich ist, kann man auf ihn mangels präziser Äußerung im Gesetz nicht schließen.

Art. 45 II bezüglich der Übertretungen: Nelle contravenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, ancorchè non si dimostri che egli abbia voluto commettre un fatto contrario alla legge. Man wird dies als eine Doluspräsumtion bei Übertretungen aufzufassen haben.

Bulgarien, StGB. von 1896 gibt in Art. 43 II, III zunächst eine Nachbildung des Deutschen StGB. § 59. Art. 47 fügt hinzu: Unkenntnis oder falsche Auffassung des Strafgesetzes entschuldigt Niemanden.

Der japanische Vorentwurf (nach der Übersetzung von Okada, 1899) bestimmt in Art. 51 III: Die Unkenntnis der Gesetze oder Verordnungen schließt den Vorsatz nicht aus.

Möglicherweise wird man auch bei den aufgezählten Rechten sich je nach dem Einzeltatbestande dazu verstehen müssen, Ausnahmefälle von der generellen Regel anzuerkennen, bei denen der Rechtsirrtum nach dem Willen des konkreten Strafgesetzes den zu seiner Übertretung erforderlichen dolus doch ausschließt.

c) Eine dritte Gruppe von Rechten wird gebildet durch diejenigen, welche wenigstens in Einzelfällen eine ausdrückliche Anerkennung des Rechtsirrtums enthalten oder aber allgemeine Bestimmungen, welche auf eine Anerkennung des Rechtsirrtums in beschränktem Maße gedeutet werden können. Dahin gehören:

Das österreichische Strafrecht der Gegenwart (bereits oben S. 95 dargestellt).

Der österreichische Entwurf von 1893 (nach den Ausschußanträgen), § 55 I: „Wenn sich jemand bei Begehung einer vom Gesetz für strafbar erklärten Handlung in einem Irrtum über Umstände befand, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen." Hiernach werden nicht mehr bloß Tatumstände zu den relevanten Fällen gerechnet, sondern der mit der neueren Fachliteratur und der Judikatur vertraute Gesetzgeber läßt es auf den Willen des einzelnen Gesetzes ankommen, ob nicht auch die begriffliche Bedeutung einzelner Tatbestandsmerkmale zu jenen Umständen gehört, deren vorsätzliche Erfüllung den gesetzlichen Tatbestand erst erfüllen hilft. § 56 fährt fort: „Mit der Unkenntnis oder irrigen Auffassung der Bestimmungen dieses Gesetzes kann sich niemand entschuldigen."

Von den schweizerischen Kantonen dürften hierher zu zählen sein: Glarus (1867) Art. 27; Bern (1868) Art. 27. Sie verlangen rechtswidrigen Vorsatz. Nach dem Sprachgebrauch des deutschen

Rechts wird ein solcher aufgehoben durch jeden Glauben an eine Befugnis, die fragliche Handlung vorzunehmen. Thurgau (1868) spricht zwar auch von rechtswidrigem Vorsatz, läßt diese Deutung aber nicht zu, da es andrerseits, wie oben erwähnt, zugleich bestimmt, daß Rechtsunwissenheit die Strafbarkeit nicht aufhebe. Basel Stadt, Polizeistrafgesetz von 1872 ordnet in Art. 14 nach vorgängiger Erklärung, daß die Unwissenheit der polizeilichen Bestimmungen in der Regel nicht entschuldige, an: Wenn Unkenntnis der Polizeivorschriften in einem besonderen Falle völlig entschuldbar ist, kann der Richter auf eine geringe Geldbuße erkennen oder Straflosigkeit eintreten lassen.

Mexiko, StGB. von 1871; Art. 7: Ein Vergehen heißt absichtlich: welches begangen wird mit Bewußtsein, daß die Handlung oder Unterlassung, worin es besteht, strafbar ist. Art. 9 sieht eine praesumtio doli vor. Art. 10 bestimmt, daß die Präsumtion nicht aufgehoben wird durch den Nachweis, daß der Täter das Gesetz nicht gekannt habe. Man kann dies im Sinne der Normentheorie deuten, wenn man annimmt, „strafbar" im Sinne des Art. 7 sei gleichbedeutend mit verboten. Wahrscheinlicher ist aber im Hinblick auf die Doluspräsumtion, daß man einen Programmsatz aufgestellt hat, welchen man nicht einlöste, sondern durch Präsumtionen umging. Hierfür spricht auch, daß in Art. 42 II als mildernde Umstände vierter Klasse einige besonders entschuldbare Fälle von Rechtsirrtum aufgeführt sind, welche überflüssig wären, wenn die Normentheorie gelten sollte. . Als solche Milderungsgründe sind aufgeführt . . . . . „6. Wenn der Täter infolge eines auf einen vernünftigen Grund gestützten Irrtums in dem Glauben handelt, daß er sich in berechtigter Ausübung eines Rechts befinde oder in Erfüllung einer ihm obliegenden Pflicht als Behörde, Beamter oder öffentlicher Angestellter, wenn er dies ist. 7. Wenn der Täter so unwissend und roh ist, daß er bei Begehung des Vergehens nicht die nötige Unterscheidung besaß, um dessen ganze Unerlaubtheit zu erkennen."

Finnland, StGB. von 1889 (bezw. 1894), läßt dem Rechtsirrtum in einzelnen Fällen Berücksichtigung zu teil werden, ohne sich generell über die Frage auszusprechen. Vgl. z. B. Kap. 25 § 10: „Wer ohne gesetzlichen Grund, nicht aber aus böswilliger Absicht, mit vermeintlichem Rechte einen anderen angreift und mit ihm gemäß den die gesetzliche Verhaftung betreffenden Bestimmungen verfährt", wird so und so (milder) bestraft Vgl. ferner Kap. 40 § 21 II: Mildere Strafe

trifft den Beamten, der aus Unerfahrenheit oder Ungeschicktheit eine strafbare Handlung im Amte begeht.

England. Hierüber bemerkt Stephen, A Digest of the criminal law (5. Aufl. 1894) S. 26 f., Rechtsirrtum sei belanglos, setzt jedoch hinzu: Aber die Rechtsunkenntnis „may be relevant to the question, wether an act which would be a crime if accompanied by a certain intention or other state of mind, and not otherwise, was in fact accompanied by that intention or state of mind or not".[1]) Beispiele Stephens aus der Praxis: Der A, ein Wilddieb, legt Schlingen. Der Jagdhüter B nimmt sie weg. Der A entreißt sie jedoch diesem mit Gewalt in Unkenntnis des Gesetzes, welches den B zu seinem Tun ermächtigt. Relevanter Irrtum. — X behält das Kommondo über ein Schiff in Unkenntnis eines inzwischen erlassenen Gesetzes, wonach er in Ermangelung einer bestimmten Qualifikation die Führung eines Schiffes nicht übernehmen oder behalten darf. Relevanter Irrtum.

Ähnlich äußert sich zum common right C. S. Kenny, Outlines of criminal law, 1902, S. 67 f.: Ignorantia iuris neminem excusat. Aber diese Unwissenheit kann doch „rebut the existence of the peculiar form of mens rea which some particular kind of crime may require . . . . . Accordingly, a bonâ fide mistake of law, if based upon reasonable grounds, — like that of a woman who gleans corn in a village where it is the praktise to do so — will afford a sufficient defense. Similarly a mortgagor who, under an invalid but bonâ fide claim of right, damages the fixtures in the house, which he has mortgaged, will not be guilty of „malicious" damage." Es folgen Beispiele, bei denen Gesetzesunkenntnis nicht entschuldigen soll.[2]) Am Schlusse derselben wird gesagt: „But although mistakes of law, unreasonable or even reasonable, thus leave the offender punishable for the crime which he has blundered into, they may of course afford good grounds for inflicting on him a milder punishment. — Darnach erscheint die Annahme von Heinemann, Ztschr. f. StRW.

[1]) Außerdem könne angenommen werden, daß ein neu ergehendes gesetzliches Strafgesetz für eine Spanne Zeit nach seiner Erlassung nur diejenigen treffen wolle, die in der Lage waren, es zu kennen.

[2]) Angeführt werden unter anderem folgende Fälle: Various Italians have recently been punished in London for keeping lotteries, n spite of their urging that in Italy every little village possesses a lottery sanctioned by the State, and that they had no idea that the English law could be different. — Franzosen sekundieren bei einem tödlich verlaufenden Duell in England, ohne zu wissen, daß das in Frankreich erlaubte Sekundieren hier verboten ist.

Bd. 13 S. 451, daß der Grundsatz der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums im englischen Rechte allgemein anerkannt sei, doch nicht völlig genau. Vielmehr ist das englische Recht in einigen Fällen schwankend, in denen der Tatbestand ein Wollen verlangt, welches bei einem auf Rechtsirrtum beruhenden guten Glauben fehlt. Zu einer prinzipiellen Klarheit über die Grenzen des Rechtsirrtums scheint das englische Recht noch nicht durchgedrungen zu sein; denn die Fälle, in welchen der Rechtsirrtum entschuldigen soll, sind den Beispielen zufolge nicht prinzipiell verschieden von denen, in welchen eine Entschuldigung nicht gehört werden soll, mag auch formell bei jenen Delikten zum Tatbestand teilweise ein evil intent gefordert sein. Andrerseits ist es bereits ein brauchbarer Gedanke, zwischen reasonable und unreasonable mistakes of law wenigstens theoretisch zu unterscheiden. Nur hat die Praxis des gemeinen Rechts sich diesen Satz nicht als Grundsatz angeeignet.

In ähnlichem Schwanken wie das englische Recht befindet sich im allgemeinen das Strafrecht der Vereinigten Staaten.

Wharton, A treatise on criminal law, 10. Aufl. 1896 bemerkt Bd. 1 S. 95: It is a condition of penal laws that ignorance of them should be no defence to an indictment for their violation. Aber S. 98: Cases, also, may occur in which evil intent is a condition precedent to conviction, but in which a mistake of law, if proved, would negative such evil intent ..... Thus in larceny it is admissable to prove that the defendant took the goods under a claim of right however erroneus; in malicious mischief, that the act was believed to be the exercise of legal rights. Es folgen dann noch einige weitere Beispiele notorischen Rechtsirrtums. Sachlich unterscheiden sich dergleichen Beispiele nicht von anderen Fällen des Rechtsirrtums, wo wegen Nichthervorhebung des evil intent im Tatbestand der Rechtsirrtum stets belanglos sein soll. — Noch eine andere sehr weitgehende Berücksichtigung wird dem Rechtsirrtum zuteil, welche in das mit großer Schärfe ausgeführte Prinzip der Irrelevanz eine tiefe Bresche legt; S. 99: When the question is whether a particular fact or group of facts falls under a particular rule of law, an error in this respect is to be regarded as an error of fact. Solche irrige Rechtsauslegung ist also ein Irrtum über Tatsachen. Wie sehr die Irrtumslehre im amerikanischen Recht noch der Vertiefung bedarf, erhellt daraus, daß andrerseits auch durchaus nicht jeder Irrtum über Tatsachen, die den Verbrechenstatbestand herstellen, relevant sein soll, z. B. nicht der folgende S. 106: Statutes

making it indictable to abduct, seduce, or violate girls under a specific age, (here) it is no defence that the defendant mistook the girls age.

d) Eine vierte Gruppe von Rechten gewährt dem Rechtsirrtum prinzipiell und generell einen Einfluß auf die Strafbarkeit.

Graubünden StGB. von 1851 Art. 19 verlangt zum Vorsatz, abgesehen vom Falle des dolus indirectus, welchen es ebenfalls zum dolus rechnet, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.

Der schweizerische Vorentwurf von 1894 bestimmt in Art. 12: Irrt der Täter über eine Tatsache, so wird sie ihm[1]) nicht zum Vorsatze angerechnet. Handelt der Täter in dem Glauben, er mache sich keines Verbrechens schuldig, so kann er milder bestraft werden. Nach den Beschlüssen der Expertenkommission (vgl. hierüber auch den Stooßschen Bericht 1899 S. 37) soll ferner der Beamte, der auf Befehl eines Vorgesetzten eine als Verbrechen bedrohte Tat begeht, straflos sein, wenn er sich in betreff der Rechtswidrigkeit des Befehls irrte. Stooß wünscht dafür eine weniger absolute Fassung, etwa dahin, daß der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildere.[2]) In dem angenommenen 1. Kommissionsentwurf von 1896 hat Stooß die Formulierung seines Grundsatzes noch etwas verfeinert. Art. 15 lautet: Wer eine als Verbrechen bedrohte Handlung in dem Glauben begeht, er sei dazu befugt, kann milder bestraft werden. Bezüglich der auf Befehl begangenen Handlungen ist eingesetzt: Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat zufolge eines Dienstbefehls in dem Glauben begeht, er sei dazu verpflichtet, ist nicht strafbar. — Der revidierte 2. Kommissionsentwurf von 1903 Art. 20 formuliert in Bezug auf die generelle Regel für Rechtsirrtum abermals etwas feiner: „Wer ein Verbrechen in dem Glauben begeht, er sei zu der Tat berechtigt, kann milder bestraft werden." Durch die frühere Verbesserung wurde die Auslegung ausgeschlossen, daß auch der Irrtum über die Strafe als Folge der für verboten gehaltenen Handlung dem Irrtum über das Verbotensein gleichstehe. Durch die

[1]) Zu ergänzen wäre: zu seinen Gunsten. Vgl. dazu die Verhandlungen der Expertenkommission von 1896.

[2]) Der Stooßsche Gedanke der milderen Bestrafung bei Rechtsirrtum begegnet nicht selten; vgl. die Bemerkungen v. Kreß, oben S. 89 und v. Kenny, oben S. 104. Er fand sich auch im preußischen Entwurf von 1833 § 103, wenngleich in un genügender Fassung: Mildere Strafe solle eintreten, wenn der Täter nach seinen Verhältnissen außer stande gewesen sei, die gesetzliche Strafbarkeit seiner Handlung zu erkennen. Das Fehlen des Bewußtseins eines Unrechts betrachtet de lege ferenda auch v. Wächter, Vorlesungen S. 147, als Strafmilderungsgrund.

zweite Verbesserung verbietet sich die Auslegung, als stehe dem Rechtsirrtum die irrige Annahme gleich, auf Grund der Ethik oder der Religion befugt zu sein. —

Norwegen StGB. von 1902 setzt in § 42 I fest: „Hat jemand bei der Vornahme einer Handlung sich im Irrtum über Umstände befunden, welche die Strafbarkeit bedingen oder von Einfluß auf den Grad der Strafbarkeit sind, so ist zu seinen Gunsten seine irrtümliche Annahme dem Urteil zu Grunde zu legen, wofern nichts anderes bestimmt oder unzweideutig vorausgesetzt ist.“ Diese Formulierung ist auch auf den Irrtum über die Begriffsmerkmale eines Tatbestandes anwendbar. Dieser Irrtum sowie der Irrtum über das Verbotensein eines hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen und der Begriffsmerkmale richtig erkannten Tatbestandes wird aber in § 57 besonders geregelt: „Befand sich der Täter bei Begehung der Handlung in einem Irrtum über deren Rechtswidrigkeit, so kann die Strafe, falls nicht auf Grund dieses Irrtums Freisprechung stattfindet, unter das angedrohte Mindestmaß und auf eine mildere Strafart herabgesetzt werden.“

3.

Es ist wohl zweifellos, daß der schweizerische Entwurf und das norwegische Gesetz hierin einen vorgeschritteneren Standpunkt einnehmen gegenüber den übrigen Rechten. Es fragt sich jetzt, ob der von ihnen betretene Weg auch aus sachlichen Gründen empfehlenswert ist.

Seit den ältesten Strafgesetzen hat man sich bemüht, die Kriminalstrafe immer mehr von dem Vorhandensein einer Schuld an der Handlung des Täters abhängig zu machen. Immer mehr bestrebt man sich, die Erfolgshaftung, sei es zur Begründung einer Bestrafung überhaupt, sei es zur Erhöhung der Strafe, sowohl bei den Kriminaldelikten wie auch bei den Polizeidelikten zu beseitigen.[1]) Hand in Hand damit geht auch eine zunehmende Verfeinerung des Schuldbegriffs. Seit Aristoteles ist die Frage, ob der Rechtsirrtum im Strafrecht eine Rolle spielen darf, nicht wieder verschwunden. Die Beachtlichkeit des Rechtsirrtums ist zwar gelegentlich scheinbar ausgetilgt worden, aber die Frage hat sich trotzdem als Zweifelsfrage nie unterdrücken lassen, sondern hat periodisch auch bereits der Gegenansicht Geltung verschafft.

Ein vorsätzliches schuldhaftes Handeln kann zwar gedacht werden ohne Kenntnis der Norm und ihres Korrelates, der Pflicht.

---

[1]) Vgl. Kohlrausch S. 32 f.

Man geht zu weit, wenn man dies leugnet.[1]) Vgl. die Ausführungen oben S. 77 f., welche nunmehr auch auf ihre Bedeutung de lege ferenda zu untersuchen sind. Wir haben gesehen, daß es zahlreiche Verbrechenstatbestände gibt, bei deren vorsätzlicher Erfüllung der Täter sich notwendig der Verursachung einer Disharmonie zwischen dem sonstigen Zustande in der Welt bewußt wird, ja sich vielfach auch bewußt wird, daß er anderen oder sich selbst, vielleicht bloß um einer Laune willen, nachhaltigen Schaden zufügt. Wie man einem Kinde unter Umständen sein Unrecht auch dann vorhalten kann, wenn man ihm vorher ein bestimmtes Tun nicht verboten hatte, sondern sich mit Fug darauf beruft: dies mußtest du auch ohne ausdrückliches Verbot wissen, so kann bei zahlreichen Delikten, nicht nur bei Tötung, Körperverletzung und Sachbeschädigung, sondern z. B. auch bei Hochverrat, Münzfälschung, Urkundenfälschung, Verleumdung der vom Täter bewirkte Erfolg ohne weiteres ein solcher sein, daß der Täter sich bewußt war, er bringe für irgend ein Rechtsgut z. B. für die Sicherheit des Staates einen Schaden hervor (wobei er übrigens die Eigenschaft als Rechtsgut nicht erkannt zu haben braucht). Unter ganz einfachen Rechtszuständen z. B. in einem patriarchalischen Staate kann man sich mit einem solchen Bewußtsein überhaupt begnügen. Sowie aber das Rechtsleben verwickelter wird, entstehen bezüglich der normwidrigen Tatbestände sofort heiklere Grenzgebiete für das, was noch erlaubt oder bereits verboten ist. In vielen Fällen wird man auch bezüglich solcher Grenzfragen (z. B.: Ist die Beihilfe zum Selbstmord, die Tötung eines Verlangenden noch erlaubt oder bereits verboten? Ist dieses Begehen eines fremden Grundstückes noch erlaubt oder bereits Hausfriedensbruch?) dem Täter mit Recht noch sagen können: Auch wenn du von der schädlichen oder fremde Herrschaft beeinträchtigenden Seite deines Tuns kein Bewußtsein hattest, du hättest es doch nach den Umständen erlangen können.[2]) Man kann damit wenigstens eine Fahrlässigkeitsschuld

[1]) So z. B. Basedow S. 33, 34; Binding, Normen 2, 67; Oetker S. 42.

[2]) Wenn indessen Miřička, Formen der Strafschuld S. 129, behufs Konstruktion einer Schuld ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit meint, wer seiner gänzlichen Ignoranz oder doch der Lückenhaftigkeit seiner Kenntnis der betreffenden Rechtsvorschriften bewußt ist, habe allen Grund, sich der Handlung zu enthalten, und wenn er es nicht tue, so treffe ihn die Strafe nicht unbillig, so greift er fehl. Denn es ist gar nicht notwendig, daß überhaupt Rechtsbedenken bei irgend einem konkreten Handeln gekommen sind. Für solche Fälle versagt die Schuldkonstruktion Miřičkas vollständig. Man müßte denn die Schuld darin erblicken, daß der ohne Rechtskenntnis Handelnde sich der Ignoranz oder doch der Lückenhaftigkeit der

konstruieren, welche die vorsätzliche Erfüllung der tatsächlichen Merkmale begleitet. Es wird daher auch nicht der Ansicht zuzustimmen sein,[1]) daß, wenn das deutsche Recht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht verlangt, dies auf einer Präsumtion derselben beruhe. Man kann zu einer Schuld auch ohne solche gelangen.

Sofort ist aber zuzugestehen, daß diese so gefundene Schuld für das Strafrecht ungenügend und unbefriedigend ist. Es besteht hier eine Verschiedenheit von dem für das Privatrecht ausreichenden Schuldbegriff, deren Nichterkenntnis insbesondere die Römer zu mancher unbilligen Annahme einer strafwürdigen Schuld veranlaßt hat.[2]) Für das bürgerliche Recht und dessen Unrechtsfolgen mag der gekennzeichnete Schuldbegriff ausreichen, aber nicht zur Begründung einer Kriminalstrafe. Die vom Täter erkannte oder auf Grund Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkannte Verursachung einer Disharmonie (insbesondere einer nicht verkehrsüblichen Schädigung) rechtfertigt, wenn sie nicht von einem Bewußtsein des Verbotenseins begleitet ist, allein noch nicht die öffentlicherseits erfolgende Zufügung eines Leidens. Denn diejenige Gewalt, welche hier reagierend eingreift (der Staat mit seiner Rechtsordnung), ist gar nicht angegriffen. Erst wenn die Nichterkenntnis des Verbotenseins wenigstens fahrlässig war, kann man von einem fahrlässigen Angriff auf eine Norm (fahrlässige Nichtachtung derselben) sprechen. Die Art der gekannten oder nicht gekannten Disharmonie, welche der Täter verursachte, ist für sich allein für die

---

Kenntnis der betreffenden Rechtsvorschriften überhaupt in jedem einzelnen Falle irgend welchen Handelns bewußt sei. Abgesehen davon, daß dieses Bewußtsein dann zur Präsumtion wird, hätte dies zur Folge, daß die armen Rechtsunkundigen, um einer Schuld zu entrinnen, zu absoluter Untätigkeit verurteilt wären, ja noch schlimmer, da es ja nicht nur verbietende, sondern auch gebietende Rechtsnormen gibt, so wären sie auch durch die Unterlassung des Tuns ohne weiteres in Schuld. Sie könnten also bei einem unbekannten Rechtsgebiet durch Enthaltung von einem Tun der Schuld überhaupt nicht entrinnen. — Auch die weitere Schuldkonstruktion Miřičkas ist falsch, daß durch das Auftauchen von Zweifeln über eine Befugnis bei nachträglichem Handeln eine Schuld entstehe. Dies ist möglich, aber nicht notwendig. Derjenige, welcher aufgestiegene Zweifel nach einiger Überlegung abgelehnt (verworfen) hat, kann viel entschuldbarer handeln, als derjenige, welcher nicht einmal die Vorsicht angewendet hat, sich Bedenken gegen seine Handlung zu vergegenwärtigen. Das Auftauchen von Zweifeln allein begründet also eine Unterscheidung hinsichtlich der Schuld noch nicht.

[1]) Berolzheimer S. 302.

[2]) Vgl. Mommsen, Röm. Strafr. S. 93 unten und S. 94.

Begründung einer strafrechtlichen Schuld noch zu unbestimmt. Sie steht nur in Beziehung zu einem äußeren Ereignis, nicht aber zu einer öffentlichrechtlichen Norm. Die Tat mag dann vielleicht ein soziales Unwerturteil rechtfertigen, aber zu einer Bestrafung reicht das noch nicht aus. Denn erst die Möglichkeit, sein Verhalten auf eine Norm zu beziehen, vermag den Begriff einer die Person des Handelnden oder Unterlassenden selbst ergreifenden Pflicht zu schaffen. Vorher liegt nur eine geringere oder größere soziale Schädlichkeit vor, gegen welche die Gesellschaft sich schützen kann durch Ausgleichung des etwaigen zivilen Schadens am Vermögen des Täters, außerdem, falls sie dessen wirklich noch bedarf, durch notwendige rein prophylaktische Maßregeln z. B. nachdrückliche Aufklärung des gesunden, Krankenbehandlung des geisteskranken, Verwahrung des bereits jetzt sicher als gemeingefährlich erkannten Täters; aber die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber schon vor dem Eintritt jener Möglichkeit sich selbst, d. h den Willen seiner öffentlichrechtlichen Normen angegriffen fühlen könnte, ist richtiger zu verneinen. Solange also das geltende Recht einen Unterschied zwischen prophylaktischen Maßregeln und Kriminalstrafe macht, kann man solchenfalls den Eintritt der letzteren nicht befürworten. Es fehlt an einem zureichenden Grunde für eine solche Reaktion, welche wie die Strafe begriffsnotwendig ein vom zivilen Schadensersatz verschiedenes Übel mit sich bringt. Abgesehen von der Reparatur des Schadens ist nichts vorhanden, was infolge der in unverschuldeter Nichterkenntnis einer Norm begangenen Handlung durch eine Strafe wieder gut zu machen wäre. Die Normen der Rechtsordnung können sich zwar nicht damit begnügen, nur die Lebensverhältnisse (Rechte und Pflichten) derjenigen Mitmenschen zu regeln, welche in der Lage sind, die Normen zu erkennen und zu befolgen; sie ergreifen also auch z. B. Geisteskranke und Säuglinge, aber sie wollen auch nichts Unmögliches verlangen, also keinen auf persönlicher Willensbetätigung beruhenden Gehorsam; denn ein persönlicher Gehorsam gegen Befehle setzt die Möglichkeit, den Befehl zu kennen, voraus. Wenn der Gesetzgeber an irgend einen Tatbestand eine Strafe knüpft, so will er damit zugleich ein Gebot oder Verbot in dem Tatbestand zum Ausdruck bringen, auch wenn er die nähere Umgrenzung des Tatbestandes, insbesondere dessen Ausnahmen, in irgend einem anderen Rechtsgebiete regelt. Wenn aber der Befehl nur an denjenigen vernünftigerweise sich richtet, welcher in der Lage ist, ihn zu erkennen, so ist es nur korrekt und vernünftig, wenn auch die Rechts-

folgen des Ungehorsams, welche bestimmt sind, als Übel[1]) gegen die Person selbst zu wirken (nicht als ziviler Ersatz), ebenfalls nur eine Person treffen, die in der Lage war, sich nach dem Befehle zu richten.

Unterscheidet der Gesetzgeber unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes bei seinen Unrechtsfolgen zwischen fahrlässiger und vorsätzlicher Begehung hinsichtlich der Strafart oder der Strafhöhe, so ist die Scheidung nur dann eine reinliche, wenn auch bei dieser Scheidung zur Fahrlässigkeit die fahrlässige Normunkenntnis, zum Vorsatz nur die vorsätzliche Normunkenntnis gehört. Es wäre unfertige Arbeit, wollte der Gesetzgeber zwar Strafe nur eintreten lassen, wenn der Täter den Befehl kennen konnte, aber den Vorsatz schon für gegeben erklärte, wenn der Täter das äußere Faktum gekannt hat. Denn dieser Vorsatzbegriff wäre dann mit einem Fahrlässigkeitsmomente bepackt, nämlich der fahrlässigen Nichtkenntnis der Norm. Abgesehen davon, daß dies keine reinliche Scheidung wäre, spräche gegen eine solche Regelung noch eine andere Folgewidrigkeit. Hat der Gesetzgeber einmal erkannt und angenommen, daß das bloße Bewußtsein des Täters von einer äußeren Disharmonie als Folge seiner Handlung ohne Kenntnis oder Kennenkönnen einer Pflicht keinen genügenden Anlaß zur Bestrafung wegen Zuwiderhandelns gegen das Gebot abgibt, so würde er in einen von ihm erkannten Fehler zurückverfallen, wenn er doch bei der **Abgrenzung der Größe** der Schuld wieder auf das bloße Erkennen der äußeren Folgen der Tat (also der Disharmonie an sich) als Kriterium sich beschränken wollte. Er würde damit zwar sagen: das Erkennen der **äußeren** Folgen der Tat und ihrer für irgendwen schädlichen Wirkung ist beim Fehlen der Möglichkeit, das Rechtswidrige derselben zu erkennen, kein Entscheidungsgrund für die Bestrafung; dagegen für die Frage, ob **vermehrte** Strafe eintreten soll, d. h. ob vorsätzliche oder fahrlässige Schuld vorliegt, genügt als ausschlaggebender Entscheidungsgrund die bloße Kenntnis oder fahrlässige Nichtkenntnis der **äußeren** Tatsachen. Das Ungereimte eines solchen Willens läge auf der Hand. Denn wenn schon für die Entstehung einer Schuld überhaupt das bloße Erkennen (oder Erkennenkönnen) der Außenweltsvorgänge nicht als ausreichend erklärt wird, dann ist dieses Merkmal noch weniger geeignet, die subtilere Unter-

---

[1]) oder, wenn das Bild gestattet ist: als öffentlichrechtliche Ersatzleistung in der Form einer Holschuld.



scheidung innerhalb der Schuld nach zwei Arten zu bilden, da jede Schuld dann allein von dem Außerachtlassen der Norm abhängig ist.[1])

Geht aus vorstehenden Ausführungen hervor, daß es in der Tat eine Läuterung und Vertiefung des Schuldbegriffs für das Strafrecht bedeutet,[2]) wenn man ihn abhängig macht von der Möglichkeit, das Verbot zu erkennen, so wird ein Gesetzgeber, der das praktische Leben übersieht und weiß, wie unendlich verwickelt und verzweigt seine Rechtsbestimmungen zum Teil sind, diese Möglichkeit das Verbot zu erkennen, nicht schon ohne weiteres annehmen mit der Zurechnungsfähigkeit. Er wird also seine Anforderungen nicht so weit spannen, daß er schon dann wegen mindestens fahrlässiger Übertretung der Norm straft, wenn er einen zurechnungsfähigen Täter antrifft. Die Kenntnis aller Rechtsbestimmungen ist eine Aufgabe, welche in unserem Zeitalter nicht einmal der kenntnisreichste Jurist zu lösen vermag.

---

[1]) Aus diesen Erwägungen ergibt sich die Ablehnung der de lege lata geäußerten Ansicht, es genüge zum Vorsatz, wenn die Möglichkeit vorlag, die Pflichtwidrigkeit zu erkennen (z. B. M. E. Mayer, Kulturnormen und Rechtsnormen S. 118, 119), auch vom Standpunkte des Gesetzesvorschlags. Desgleichen ergibt sich die Verfehltheit der de lege ferenda geäußerten Kompromißansicht (z. B. von Miřička, Formen der Strafschuld S. 129), welche den Grundsatz befürwortet, daß der Rechtsirrtum zwar die bewußte Schuld nicht ausschließe, jedoch einen Strafmilderungsgrund abgebe, dessen Bedeutung sich danach abmesse, ob der Irrtum mehr oder weniger verschuldet ist. Denn nach letzterer Ansicht hat der Rechtsirrtum mit dem Wesen der für das Strafrecht erforderlichen Schuld nichts gemein (er kann nicht einmal die bewußte Schuld ausschließen) und man begreift nicht, wieso er dann doch als Schuldelement wieder auftreten und z. B. im Falle völligen Unverschuldetseins die Schuld verändern (jedoch nur mildern, nicht ausschließen) soll. Das Wesen des für das Bedürfnis nach strafrechtlicher Reaktion zu fordernden Schuldinhalts wird dadurch ebenso verkannt wie die Gleichwertigkeit der Erfolge, auf welche die Schuld sich bezieht.

[2]) So speziell de lege ferenda auch Finger, Österreichisches Strafrecht (2. Aufl.) Bd. 1 S. 172, der für die lex ferenda das, was manche Vertreter der Normentheorie bereits als geltendes Recht erachten, mit den Worten reklamiert, es sei ein brutales Verlangen, daß Rechtsirrtum nicht entschuldigen solle. Der so nüchterne und vorsichtige Geib, Lehrb. Bd. 2 S. 59, verlangt unter Absehung vom positiven Rechte ebenfalls, daß eine Strafe nicht Platz greifen solle, wo dem Handelnden die Strafbarkeit seiner Handlung unbekannt ist. Nur betonen beide nicht genügend, daß man den Begriff der Fahrlässigkeit nicht nur analog, sondern direkt auch auf die Unkenntnis des bestimmten einzelnen Rechtssatzes anzuwenden hat und daß demnach das Handeln in fahrlässiger Rechtsunkenntnis als fahrlässige Begehung möglicherweise zu strafen ist. Vgl. auch Gretener in den Verhandlungen der schweizerischen Expertenkommission Bd. 2 S. 387, der auf dieses Bedenken gegenüber der Formulierung des Vorentwurfs aufmerksam machte.

Vielmehr wird der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Möglichkeit, seine Befehle zu erkennen, nur die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verlangen.[1]) Verlangt er mehr, d. h. nimmt er ein Kennenkönnen seiner Vorschriften schon früher an, dann nähert sich in gleichem Verhältnis auch sein geläuterter Schuldbegriff einer leeren Fiktion dieser Schuld. Er würde dann hinsichtlich der Gesetzeskenntnis mehr verlangen, als er sonst an Sorgfalt im Verkehr für geboten erachtet, obwohl er z. B. auch im Schulunterricht eher einen geringeren Nachdruck auf Erlangung von Rechtskenntnissen legt. —

Mit Berücksichtigung der in der breiten Masse des Volkes oft weitgehenden Unkenntnis über die Quellen der einzelnen Normen wird sich der Gesetzgeber zur Annahme vorsätzlicher Schuld begnügen können und müssen mit einem allgemeinen Wissen vom Verbotensein der konkreten Tat. Er braucht nicht zu verlangen, daß der gemeine Mann auch gerade das Recht speziell als Quelle der Norm erkannt

---

[1]) Es ist eine schöne Selbsttäuschung, wenn John, Entwurf mit Motiven zu einem norddeutschen StGB., 1868, S. 292 sagt: Eine deutsche Strafgesetzgebung darf keine anderen Handlungen mit Strafe bedrohen als solche, deren Widerrechtlichkeit jeder zurechnungsfähige Mensch einzusehen imstande ist. Er gibt nur zu, daß es immerhin Gesetze geben müsse, welche nicht von jedem eingesehen werden können, sondern nur von denjenigen, welche ihr Beruf mit den besonderen Rechtsverhältnissen bekannt macht. John meint, er kenne zwar manche gewerberechtliche Strafbestimmungen nicht, aber wenn er z. B. Fabrikant von Zündhölzern wäre, so würde er alle diese Bestimmungen kennen. Dabei übersieht er indessen, daß gerade die Grenzen zwischen erlaubt und verboten bei gewerberechtlichen Bestimmungen häufig nicht erkannt werden, ja daß die Gerichte selbst häufig sich irren. Wenn der Privatmann eine derartige an der Grenze liegende Handlung irrig für erlaubt hält, kann sein Irrtum nicht unentschuldbarer sein als der des Gerichts. Es ist ferner zu bedenken, daß es Strafgesetze gibt, deren Dasein auch den Gebildeten, und zwar ohne Rücksicht auf ihren Lebensberuf, nicht von selbst näher tritt oder auffallen muß. Während man im allgemeinen bei Gebildeten zwar z. B. eine Kenntnis aller Gebote der geschlechtlichen Sittlichkeit viel eher voraussetzen kann als bei abgelegener Landbevölkerung, gibt es auch ungezählte Polizeidelikte, welche ohne vorherige Bekanntmachung unbedingt fremd bleiben, z. B. das für Fremde nicht erkennbare Verbot, daß in einem Orte eine Sperre wegen Ausbruchs einer Viehseuche besteht, daß auf einer bestimmten Straße überhaupt nicht oder erst von einer bestimmten Stunde ab geradelt werden darf, daß das Tragen eines bestimmten Abzeichens verboten ist, daß Passanten einer bestimmten Straße nur den rechten Steig ihrer Wegrichtung benützen dürfen. Vgl. auch die Beispiele bei Rosenberg, Ztschr. f. StrRW. Bd. 22 S. 35, aus denen im Gegensatz zu Johns Annahme zur Evidenz erhellt, daß es auch Berufe gibt, bei denen das praktische Leben es notwendig mit sich bringt, daß man nicht immer gleich bei Antritt des Berufes alle in den Beruf einschlagenden Rechtsvorschriften kennen kann.

hat (bezw. bei der Fahrlässigkeit erkennen mußte). Mit anderen Worten: Sehr viele Menschen wissen vielleicht: diese Handlung darf ich nicht vornehmen, haben sich aber nie Gedanken darüber gemacht, ob das Recht oder die Religion, oder die gesellschaftliche Moral oder der elterliche Wille diejenige Quelle ist, welche das bestimmte Handeln verbietet. Sie wissen dies eben einfach nicht, weil sie nie darüber nachgesonnen haben, vielleicht weil sie sich auch niemals klar gemacht haben, ob und inwiefern Religion, Ethik und Recht verschiedene Wege gehen können in ihren Anforderungen an menschliches Verhalten. Viele Menschen haben einfach nie zwischen jenen Autoritäten ausgeschieden, soweit es sich um die Herkunft irgend einer ihnen bekannten Norm handelt. Soll nun schon allein diese mangelnde Ausscheidung etwa die Schuld ausschließen, wenn der Täter bekennt: „ich habe gewußt, daß ich nicht so handeln durfte"? Die Frage ist unbedingt zu verneinen. Es würde der Logik sowohl wie dem Bedürfnis des praktischen Lebens widersprechen, zu einer Voraussetzung jeder Zurechnung einen solchen Grad von Bildung zu machen, kraft dessen eine Ausscheidung zwischen den Quellen der Normen vorgenommen wurde. Denn bei fehlender Ausscheidung hat der Täter alle möglichen Quellen einer Norm, die ihm bekannt sind, also auch das Recht des Staates, als verbietende Autorität nicht ausgeschlossen. Damit sich aber hier keine Fiktion einschleiche, ist es nötig, zu beachten, daß, wenn der Täter etwa einmal nichts vom Rechte als einer Quelle von Normen gekannt haben sollte oder wenn er, was leichter vorkommen kann, eine Ausscheidung im Einzelfall dahin vorgenommen hat, die Handlung sei ihm von der Ethik, der Religion, aber nicht vom Rechte verboten, dies niemals als gleichbedeutend mit dem bestehenden Erfordernis des Bewußtseins vom Verbotensein angesehen werden kann. Zu verlangen ist darnach das Bewußtsein des Verbotenseins, ohne daß das Recht als verbietende Quelle ausgeschieden ist. Der Ausdruck Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für dieses Erfordernis ist unbedenklich, wenn man sich klar ist, daß das Recht als Quelle des Verbotes wenigstens nicht speziell vorgestellt worden zu sein braucht. Verlangt man dieses Bewußtsein des Verbotenseins (oder der Rechtswidrigkeit) zum Vorsatz, so liegt dasselbe zwar beispielsweise vor, wenn ein junger Mann gewußt hat, die bestimmte Handlung, etwa ein Sittlichkeitsdelikt sei verboten, aber nicht sicher war, ob sie speziell vom Rechte verboten war, sondern sich in Denkfaulheit mit dem bloßen Bewußtsein des Verbotenseins begnügt hat. Dagegen liegt das erforderliche

Bewußtsein des Verbotenseins nicht vor, wenn der junge Mann zwar gewußt hat, die Handlung ist verboten, aber den Gedanken ausdrücklich verwarf, daß auch das Recht sie mit verbiete, während er nur glaubte, die Religion und die allgemeine Sittlichkeit stünden ihr entgegen. Denn in diesem Falle ist das Bewußtsein des Verbotenseins aus des Täters Bewußtsein ausdrücklich ausgeschieden.

In ganz analoger Weise ist auch die Frage zu bejahen, ob zum fahrlässigen Nichtkennen der Rechtswidrigkeit die Fahrlässigkeit der Unkenntnis des Verbotenseins schlechthin (d. h. ohne Ausscheidung der Normenquelle) genügt. Wenn jemand sich sagen konnte und mußte: Das darfst du nicht tun, ohne daß er sich nach seinen subjektiven Fähigkeiten mit ähnlicher Notwendigkeit sagen konnte und mußte, daß das Verbot gerade einer bestimmten Kategorie unter den verbietenden Normen, nämlich den Rechtsnormen zugehöre, so genügt diese Fahrlässigkeit zur Annahme einer rechtlichen Schuld an der Unkenntnis des Verbotenseins. Anders, wenn er nur die Religion, nicht aber das Recht als verbietenden Teil erkennen konnte, Fälle, wo dies anzunehmen ist, werden selten sein.

Das Ergebnis dieser Ausführungen ist, daß de lege ferenda das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Bestandteil des Vorsatzbegriffes zu begutachten ist, und daß bei schuldloser Unkenntnis der Rechtswidrigkeit auch die Fahrlässigkeit zu entfallen hat.[1])

Man hat dieses Ergebnis, wie oben S. 68 erwähnt wurde, mehrfach als für die Praxis hochbedenklich angesehen und gemeint, daß damit der Heuchelei Tür und Tor geöffnet oder doch die Sicherheit des Staates in hohem Maße gefährdet würde. Allein diese Bedenken können teils durch entsprechende Maßregeln gehoben, teils als unbegründet widerlegt werden.[2])

[1]) Es ist jedoch nicht Kenntnis der speziellen Norm zu verlangen. Bedenklich die Formulierung bei Binding, Normen Bd. 2 S. 64 f, 403 (daß das Richtige gemeint ist, zeigt deutlich S. 404) und Oetker, Rechtsirrtum S. 43. Bei der allgemein bestehenden Unkenntnis der einzelnen Gesetze, die mit der Verzweigung unseres Rechtslebens noch zunehmen muß, ginge dies zu weit. Glaubt jemand zu töten in Kenntnis des Tötungsverbotes, während er nicht weiß, daß er statt dessen nur eine Brandstiftung begeht, die nicht einmal fahrlässig ist, so handelt er zwar mit dem Bewußtsein, etwas Verbotenes zu tun; allein er kennt nicht die tatsächlichen Merkmale seiner Brandstiftungstätigkeit und kann daher sich auch keiner dolosen Brandstiftung schuldig machen, da ja das Bewußtsein des Verbotenseins hier ein Objekt hatte, welches die Brandstiftung nicht in sich einschloß. Dieses Beispiel (vgl. Binding, Normen 2, 403) beweist also durchaus nichts gegen die Annahme, daß bereits die irrige Annahme, ein konkretes Tun sei verboten, dolusbegründend sei.

[2]) Vgl. zum folgenden auch die verdienstvollen Ausführungen von Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafr. S. 5—15.

a) Zunächst kommt in Betracht, daß sich derjenige noch nicht mit Erfolg auf Unkenntnis berufen kann, welcher wahrheitsgemäß nur behaupten kann, er habe die übertretene Bestimmung so ausgelegt, daß sein Tun erlaubt sei. Wenn er zugleich wußte, daß die herrschende Lehre die Bestimmung anders auslege, so kommt es darauf an, was tatsächlich in Geltung ist, nicht darauf, wie der Täter die Rechtsauslegung für richtiger hält. Die Autorität der herrschenden Praxis wird also soweit zu erstrecken sein, daß ihr gegenüber derjenige, welcher diese herrschende Rechtsansicht gekannt hat, sich nicht auf seine abweichende Privatauslegung berufen kann. Damit ist nicht gesagt, daß die Praxis nach deutschem Rechte ohne weiteres auch objektives Recht zu schaffen in der Lage wäre, sondern nur, daß sie den derzeit herrschenden Auslegungswillen des staatlichen Machthabers (wie er durch seine berufenen Organe zum Ausdruck kommt) kennen lehrt.

b) Ferner kann sich auf Rechtsunkenntnis derjenige nicht berufen, welcher das Gesetz falsch auslegt, aber sich die Möglichkeit vorstellt, daß seine Auslegung unrichtig sei oder von der Praxis nicht anerkannt werde, und an dieser Möglichkeit auch noch bei seinem Handeln festhält, kurz gesagt, wer vorsätzlich auf die Gefahr hin handelt, daß die von ihm begangene Handlung sich als verboten herausstelle. Damit werden zahlreiche Fälle von Entschuldigungen abgeschnitten, in denen jemand sagt, er habe gemeint, dieses Wort sei so und so auszulegen, sofern er doch auch die gegenteilige Ansicht sich zum Bewußtsein gebracht hat, ohne bei seinem Handeln diese Möglichkeit einer anderen Auslegung abgelehnt (verworfen) zu haben.[1])

Dagegen erscheint es als unrichtig, eine irrige Rechtsauslegung, welche wirklich zu dem Glauben geführt hat, sie sei rechtens, anders zu behandeln als die Rechtsunkenntnis. A. M.: v. Bülow, Ger.-Saal Bd. 59 S. 4 und Rosenblatt, Ger.Saal Bd. 61 S. 43, welche zwar die irrige Auslegung (die irrige Nichtsumtion unter das gekannte Gesetz), nicht aber die einfache Unkenntnis als entschuldbar de lege ferenda ansehen.[2]) Indessen besteht in beiden Fällen (vorausgesetzt natürlich, daß keine Fahrlässigkeit im Spiele ist) die gleiche Un-

[1]) Auch das Reichsgericht hält zutreffend in denjenigen Fällen, wo es ausnahmsweise ein Bewußtsein, irgend ein Recht zu verletzen, fordert, dieses Erfordernis bereits beim Vorliegen eines dolus eventualis für gegeben. Vgl. R. 8, 678 (80).

[2]) Rosenblatt macht noch die weitere Unterausnahme, daß die irrige Sub sumtion unter ein milderes Strafgesetz irrelevant sein soll.

fähigkeit, das Verbotensein zu erkennen. Es ist doch auch sonst im Leben für die Frage des vorsätzlichen Handelns gleichgültig, ob man einen Befehl falsch verstanden oder gar nicht gehört hat. Richtig Oetker S. 29; Drenkmann S. 172.

c) Dazu kommt, daß die Anerkennung der allgemein vorsatzausschließenden Wirkung des Rechtsirrtums gar nicht die gefürchtete Tragweite hat. Rosenberg hat in Zeitschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 23 S. 233 f. des näheren dargelegt, bei welchen Delikten des positiven Rechts das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit erheblichere praktische Bedeutung zu gewinnen vermöchte und daß dies dort gewiß kein Schaden ist; z. B. würde ein Täter, der im Falle des § 308 des StGB. seine eigene Sache ohne Bewußtsein des Verbotenseins ansteckt, nicht mehr als vorsätzlicher Brandstifter ins Zuchthaus wandern können. Ebenso könnte es leicht vorkommen, daß jemand glaubt, er dürfe einem erwischten Dieb seiner Sachen oder einem Jungen, der ihn mit Schmutz beworfen hat, ein paar Ohrfeigen versetzen. Auch er wäre wegen vorsätzlicher Begehung eines Vergehens der Körperverletzung nicht mehr zu strafen.

Hinzuzufügen wäre jenen Ausführungen vielleicht noch, daß es insbesondere die Grenzgebiete zwischen erlaubt und verboten sind, auf welchen der Rechtsirrtum möglich wird, außerdem auch die Gebiete, in welchen das Recht dem Volksbewußtsein noch nicht oder nicht mehr entspricht. Das wird den Gesetzgeber veranlassen, etwas mehr auf gehörige Kundmachung weniger bekannter Normen bedacht zu nehmen, bezw. veraltete Normen zu beseitigen. Dagegen die einfacheren Fälle der Normübertretung würden in ihrer möglichen Rechtswidrigkeit meist erkannt werden. Übrigens ist, abgesehen von dem häufigen Vorkommen eines dolus eventualis bezüglich des Verbotenseins, auf welches Rosenberg in der Begründung seiner Forderung nicht zu sprechen kommt, auch zu beachten, daß ja nicht jedes Vorgeben der Unbekanntschaft mit der Norm glaubhaft erscheint. Vgl. hierüber insbes. Allfeld S. 12 f.; Binding, Normen Bd. 2 S. 65; Hammerer S. 57. Wenn der Richter aus dem Verhalten und dem Bildungsgrade des Angeklagten die Überzeugung gewinnt, der Angeklagte habe die erforderliche Rechtskenntnis gehabt, so ist er beim Mangel gesetzlicher Beweisregeln nicht gehindert, sie seinem Urteil zu Grunde zu legen. Da sich die Willensrichtung überhaupt nicht in gleicher Weise durch Tatsachen unmittelbar feststellen läßt wie der objektive Tatbestand, so besteht auch keine prozeßrechtliche Verpflichtung, die einzelnen Momente zu begründen, aus welchen der Richter seine

Überzeugung von der Rechtskenntnis des Täters schöpft. Die Schwierigkeit, den geleugneten dolus durch untrügliche Merkmale festzustellen, wird ja auch dann nicht vermieden, wenn nur die Unkenntnis von Tatsachen des Verbrechenstatbestandes in Frage steht. Auch hier basiert die richterliche Überzeugung auf Indizien.

d) Des weiteren wird zwar entschieden befürwortet, daß die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit den Vorsatz ausschließen soll, nicht aber, daß diese Unkenntnis bei fahrlässiger Normunkenntnis auch die Fahrlässigkeit beseitige.[1]) Im Gegenteil, es wird sich empfehlen, für alle Delikte einen allgemeinen Strafmilderungsgrund, aber damit zugleich auch eine wesentliche Erweiterung der fahrlässigen Delikte zu schaffen: Eine bestimmte mildere Strafe soll nämlich eintreten, wenn der Täter aus Fahrlässigkeit nicht kannte, daß seine Handlung verboten ist. Nur bei unverschuldetem Rechtsirrtum hat demnach wegen Mangels von Vorsatz und Fahrlässigkeit jede Bestrafung zu unterbleiben. — — —

Es fragt sich endlich noch, ob nur das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Erfordernis der Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung[2]) sein soll, oder ob auch für das Erfordernis des Bewußtseins der Strafbarkeit die gleichen Erwägungen gelten. Gegen dieses letztere Erfordernis mit besonderem Nachdruck Kohlrausch, insbes. S. 23 f. In der Tat kann das Erfordernis des Bewußtseins der Strafbarkeit (oder der sonstigen Unrechtsfolgen) als Voraussetzung des Vorsatzes nicht gehalten werden. Ebensowenig bildet die fahrlässige Nichtkenntnis eine Voraussetzung der Bestrafung wegen Fahrlässigkeit. Aber ein Schritt vorwärts gegenüber dem geltenden Rechte empfiehlt sich doch. Die scharfe Cäsur zwischen dem Wissen vom Unrecht und dem Wissen von den Unrechtsfolgen schneidet doch nicht so weit ein, daß nicht unter Umständen auch das Nichtwissen von den Unrechtsfolgen Beachtung verdiente. Wenngleich ein solches Nichtwissen freilich für die Existenz eines schuldhaften Willens belanglos ist, so kann es doch Einfluß haben auf die Größe der Schuld. Denn diese bemißt sich in beschränktem Maße auch nach der Vorstellung des Täters von der Bedeutung der Tat, welche objektiv im gesetzlichen Strafmaß einen gewichtigen Ausdruck findet. Die irrige Subsumtion unter ein milderes Strafgesetz oder unter eine

---

[1]) Dieses Surrogat hat schon Binding, Normen Bd. 2 S. 61 empfohlen. Dagegen Oetker S. 50.

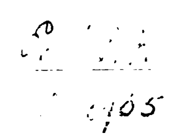
[2]) bezw. sein durch Fahrlässigkeit verursachtes Fehlen Erfordernis der Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung.

bloß mit zivilen Unrechtsfolgen ausgestattete Handlung kann ein berücksichtigenswertes Motiv für den Täter gebildet haben. Jemand kann im allgemeinen zum Gehorsam gegen die Gesetze fest gewillt sein, aber zu einer Handlung, in welcher er nur eine ganz unbedeutende Übertretung erblickt, etwa wegen ihrer Geringfügigkeit im Verhältnis zu bestimmten von ihm zu wahrenden Interessen veranlaßt werden. Anders ausgedrückt: Jemand kann im allgemeinen ein rechtlicher Mann sein, auch wenn er ausnahmsweise sich vorsätzlich zur Begehung einer unbedeutenden Polizeiübertretung entschließt. Er würde vielleicht eine bestimmte Handlung sicherlich nie vornehmen, wenn er gewußt hätte, es handle sich hier nicht um eine Übertretung, sondern um ein schwereres Delikt. Z. B. zwei Freunde verschaffen sich durch geschicktes Zusammenwirken unerlaubterweise den Zutritt zu einem Festakt, der nur für geladene Gäste bestimmt ist, in dem Bewußtsein, daß ihnen der Eintritt verboten ist; sie würden aber nie dergleichen tun, wenn sie wüßten, daß sie damit einen qualifizierten Hausfriedensbruch begehen. — Jemand bricht sich auf einer Reise in öffentlichen Anlagen, vielleicht unter Überkletterung eines Zauns, eine Blume als Andenken an den Ort ab. Er weiß, daß er das nicht darf. Er denkt aber höchstens damit eine Polizeiübertretung zu begehen, als welche sich die Handlung in seinem Bundesstaate auch wirklich darstellt. Für einen gemeinen Diebstahl wäre er nie zu haben. An dem Tatorte existiert aber zufällig keine Bestimmung, welche diesen Fall als Felddiebstahl erklärt. — Junge Burschen von 19 Jahren begehen mittels Herbeiführung einer Explosion von Sprengstoffen vorsätzlich einen groben Unfug. Sie haben den Sprengstoff unerlaubterweise ihrem Vater weggenommen. Sie würden aber niemals die Handlung begangen haben, wenn sie gewußt hätten, daß es sich abgesehen von der Wegnahme um etwas anderes als um groben Umfang, nämlich um ein Verbrechen im engeren Sinne handelt. — In Fällen wie den angegebenen kann ein milderer Strafrahmen am Platze sein. Es wäre dieser Gedanke etwa dahin zu fassen, daß bei Unkenntnis der Strafbarkeit einer Handlung und bei Irrtum über die Art oder Höhe der Strafe die ordentliche Mindeststrafe um die Hälfte gemindert werden kann, wenn die Vorstellung des Täters von der strafrechtlichen Bedeutung seiner Tat hinter der wirklichen strafrechtlichen Bedeutung unverhältnismäßig zurückgeblieben ist.

Mag dieses letztere Postulat auch weniger vordringlich sein, so gilt doch jedenfalls nicht das Gleiche von der anderen Forderung,

daß Unkenntnis des Verbotenseins den Vorsatz ausschließen und nur, wenn sie verschuldet ist, Fahrlässigkeit bestehen lassen soll. Die germanische Welt ist in diesem Punkte der romanischen vorausgeeilt, zunächst in sämtlichen schweizerischen Entwürfen und noch mehr im norwegischen Strafgesetzbuch. Das deutsche Recht soll nicht zurückbleiben; es kann guten Mutes noch einen Schritt weiter gehen in der Vertiefung des Schuldbegriffs. Es wird damit keinen gefährlichen Boden betreten, wohl aber in manchen Fällen eine Bestrafung beseitigen, wo sie unverdient und daher nicht nur unnötig, sondern auch unbillig ist.

Alphabetisches Inhaltsverzeichnis.



Strafrechtliche Neuigkeiten:

Reformfragen des Strafrechts. Von Dr. **August Köhler**, Privatdozent in München. 1903. VI, 84 S. gr. 8°. Geh. 2 ℳ 25 ₰

Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland. Von Dr. **Hermann Seuffert**, o. ö. Professor der Rechte in Bonn. 1902. IV, 97 S. gr. 8°. Geh. 2 ℳ

Soziales Strafrecht. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform. Von Dr. jur. **Fritz Auer**. 1903. 35 S. 8°. Geh. 80 ₰

Der strafrechtliche Notstand und das Bürgerliche Gesetzbuch. Von Dr. jur. **Fritz Auer**. 1903. VII, 40 S. gr. 8°. Geheftet 1 ℳ 40 ₰

Rechtsphilosophische Studien. Von Dr. jur. **Fritz Berolzheimer**. 1903. IV, 157 S. gr. 8°. Geh. 4 ℳ 50 ₰

Die Entgeltung im Strafrechte. Von Dr. jur. **Fritz Berolzheimer**. 1903. VIII, 358 S. gr. 8°. Geh. 13 ℳ 50 ₰

Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs. Von Dr. **Andreas Thomsen**, ao. Professor an der Universität Münster. 1902. VIII, [illegible] S. gr. 8°. Geh. 5 ℳ

Die Notwehr im deutschen Strafrecht. Eine historische und kritisch-dogmatische Untersuchung von Dr. jur. **Paul Merkel**, Privatdozent an der Univ. Marburg. 1892. XII, [illegible] S. 8°. Geh. 12 ℳ

Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme der Militärpersonen an reinen Strafdelikten. Von Dr. jur. **Fr. Koppmann**. 1903. VI, 57 S. gr. 8°. Geh. 2 ℳ

Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Eine strafrechtliche Untersuchung von Dr. **August Köhler**. 1900. 106 S. 8°. Geh. 4 ℳ

Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht. Zugleich eine Betrachtung der Erscheinungsformen des Delikts. Von Dr. jur. **Fr. Kitzinger**, Privatdozent an der Universität München. 1902. IV, 207 S. gr. 8°. Geh. 6 ℳ

Die ausländische Gerichtsbarkeit der Presse und die kirchenpolitischen Aufgaben des Gesetzgebers. Von Dr. jur. **Fr. Kitzinger**. 1901. V, 73 S. gr. 8°. Geh. 1 ℳ 50 ₰

Strafrecht und Medizin. Von Dr. **Joseph Heimberger**, ao. Professor der Rechte in Straßburg. 1899. IV, 65 S. gr. 8°. Geh. 1 ℳ 60 ₰

Zivilrechtliche Neuigkeiten:

Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Von Dr. **Lothar Seuffert**, o. ö. Professor in München. 9. neubearbeitete Auflage. 1904. Erscheint in ca. 10 Lieferungen; der ganze Preis kann ca. [illegible] ℳ [illegible] ₰. Lieferung 1 [illegible] [illegible]

Zivilprozeßordnung [illegible]. Handausgabe mit Erläuterungen von **Hugo Freudenthal**, [illegible]. 2. vermehrte und verbesserte Auflage. 1904. VII, [illegible] S. 8°. [illegible] ℳ

Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht. Von Dr. jur. **H. Kohler**. 1904. VIII, 310 S. 8°. Geh. 7 ℳ

Treu und Glauben im Zivilprozeß und der Streit über die Prozeßleitung. Ein Beitrag zur Bestimmung der Prozeßleitungsbefugnis. Von **K. Schneider**, [illegible] in Stettin. 1903. IV, 12 S. 8°. Geh. 1 ℳ 20 ₰

Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von **K. Schneider**, [illegible] in Stettin. VIII, [illegible] S. 8°. 1902. Geh. 5 ℳ 50 ₰

Der Einfluß der österreichischen Zivilprozeßordnung auf den deutschen Zivilprozeß und seine Gestaltung. Von **K. Schneider**, [illegible] in Stettin. 1903. IV, [illegible] S. 8°. Geh. 1 ℳ

Die Erbschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. [illegible]. Von **Herm. [illegible]**. 1904. VIII, [illegible] S. 8°. Geh. 6 ℳ

Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger. Von Dr. jur. **J. [illegible]**. 1899. VI, 114 S. 8°. Geh. 2 ℳ 70 ₰

Die vorläufige Vormundschaft nach Reichsrecht und den Landesgesetzen. Von Dr. **Heinrich [illegible]**. 1901. VII, 80 S. 8°. Geh. 1 ℳ 60 ₰



